Die Rechtsverhältnisse an Spareinlagen unter besonderer Berücksichtigung der Frage der Einzahlung auf ein fremdes Sparkassenbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Juristischen Fakultät

der

Philipps-Universität Marburg

vorgelegt

von

Walther Pampus

Gerichts-Referendar in Bielefeld.

Marburg 1927.

Bernh. Bonn, Siegen

Angenommen von der Juristischen Fakultät der Universität Marburg im Juli 1927.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Fr. Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern.

Schrifttum.

Bellermann: Die Surrogation bei Veräußerung der Erbschaft durch den Erbschaftsbesitzer. Diss. Guben, 1910.

Beyer: Die Surrogation bei Vermögen im B. G. B. Marburg, 1905.

Bierling: Juristische Prinzipienlehre, Bd. IV, Tübingen, 1911.

Bruns: Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Diss. Tübingen, 1910.

Cosack: Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, Bd. I Jena 1922. Bd. II Jena, 1913.

Crome: System des deutschen Bürgerl. Rechts, Bd. II Tübingen, 1902.

Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Jena, 1911.

Ebbecke: Grenzen der Auslegung, in Jherings Jb. Bd. 69, S. 1 ff.

Endemann: Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, Bd. I, Berlin 1903.

Enneccerus: Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, Allgem. Teil, Marburg 1923. Schuldverhältnisse, Marburg 1923.

Faber: Zur Lehre vom Einkommen, im Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 99. S. 161 ff.

Feisenberger: Die widerrechtliche Hebung fremder Sparkassenguthaben, Diss. Frankfurt a/M 1895.

Feist: Das Prinzip der dinglichen Surrogation im Familien- und Erbrecht, Diss. Halle a. d. S. 1903.

Förster-Eccius: Preussisches Privatrecht, Bd. I, Berlin, 1892.

Glück: Pandekten, Teil II, Erlangen, 1791.

Gradenwitz: Anfechtung und Reurecht 1902.

Hasse: im Archiv f. d. ziv. Praxis, Bd. V, Nr. 1.

Heilwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig, 1899.

Henle: Vorstellungs- u. Willenstheorie, Leipzig, 1910.

Hölder: Zur Lehre von der Auslegung der Willenserklärungen und der Bedeutung des Irrtums über ihren Inhalt, in Festgabe f. Bekker, S. 57 ff. Weimar, 1907.

„ Zur Theorie der Willenserklärung, in Festgabe f. Degenkolb, S. 93 ff. Leipzig 1905.

Holldack: Die Anwendung und Bedeutung des Grundsatzes: pretium succedit . . . . in Grünhuts Zeitschr. Bd. 32, S. 557 ff.

Jhering, v.: Der Besitzwille, Jena, 1889.

„ Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, in Jherings Jahrb. Bd. I, S. 273 ff.

Kaemmerer: Stellvertretung im Besitzerwerb nach römischem und gemeinem Recht, Diss. Halle a. d. S., 1907.

Kohler: Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit, im Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 22, S. 1 ff.

Laband: Die Stellvertretung nach dem allgemeinen deutschen HGB. in Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 10, S. 183 ff

Lenel: Stellvertretung und Vollmacht, in Jherings Jahrb. Bd. 36, S. 1 ff.

„ Handeln in fremdem Namen und die actiones adiecticiae qualitatis, in Jherings Jahrb. Bd. 36, S. 131 ff.

Leonhard, Fr.: Lehrbuch i. k. S., Berlin, 1923.

„ Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig 1899.

„ Kommentar zum Erbrecht, Berlin, 1912.

„ Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 120, S. 14 ff.

Leonhard, Rd.: Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge in den „Studien" zur Erläuterung des Bürgl. Rechts, hrsg. v. Rudolf Leonhard, Teil I, Breslau, 1907, Teil II, Breslau 1907.

„ Der Erbschaftsbesitz, in den „Abhandlungen" zum Privatrecht und Zivilprozess. hrsg. v. O. Fischer, Jena, 1899.

Manigk: Irrtum und Auslegung, Berlin 1918.

Maynus: Commentaria in Pandectas, Paris, 1582.

Mühlenbruch: im Arch. f. d. ziv. Prax., Bd. 17, S. 325 ff.

Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, Allgem. Teil, Berlin 1908. Recht der Schuldverhältnisse, Teil I, Teil II, 3./4. Aufl.

„ Rechtsordnung und Verkehrssitte, Lpz. 1914.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Allgem. Teil, Bd. I, Berlin 1913. Erbrecht Bd. V, Berlin 1902.

Raasch: Das Surrogationsprinzip bei der Erbschaftsklage, Diss. Greifswald, 1903.

v. Savigny: Das Recht des Besitzes, Gießen, 1827.

Schneider: Rechtswidrige Hebung fremder Sparguthaben, i. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 14, S. 36 ff.

Soergel: Bürgerl. Gesetzbuch, Berlin: 1926.

v. Staudinger: Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil, Bd. I, München. 1925. Schuldverhältnisse, Bd. II, I. Tl. München 1910. Familienrecht, Bd. IV, I. Teil, München 1926. Erbrecht, Bd. V, München, 1914.

Thiele: Studien zum ehelichen Güterrecht des BGB, im Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 91. S. 1 ff.

Titze: Die Lehre vom Mißverständnis, Berlin, 1910.

v. Tuhr: Einzahlung auf fremdes Sparkassenbuch, in Leipz. Zeitschr. 1918, S. 881 ff.

„ Eigentumserwerb aus unsittlichem Vertrag, im Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 120, S. 1. ff.

„ Der Allg. Teil des deutschen Bürgerl. Rechts Bd. I, Lpz. 1910. Bd. II. 1. Hälfte, München, 1914. Bd. II. 2. Hälfte, Münch. 1918.

Wächter: Erörterungen aus dem Privatrecht, Bd. I.

Waller: Surrogation, Diss. Bonn, 1904,

Warneyer: Kommentar zum BGB. Tübingen 1919.

Windmüller: Die Bedeutung u. Anwendungsfälle des Satzes: Pretium succedit . . . . . nach gemeinem und bürgerl. Recht, Diss. Heidelberg, 1902.

Windscheid: Lehrb. d. Pandektenrechts, Bd. I. Stuttgart, 1879.

Wolff; Lehrb. d. Bürgerl. Rechts, Sachenrecht, Marburg, 1923.

Gesetzesmaterialien:

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, Blin. 1888. Bd. III. Blin 1888, Bd. V. Blin. 1888.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. IV, Bd. VI, Berlin, 1899.

Die gesamten Materialien zum BGB. für das Deutsche Reich von Mugdan, Bd. IV, Blin. 1899.

Entscheidungen:

Entscheidungen der Oberlandesgerichte. Entscheidungen des Reichsgerichts, Seufferts Arch. für Entscheid. der obersten Gerichte. Warneyer, Rechtsprechung. Zentralblatt für Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat.

§ 1.

Einleitung.

Die folgenden Erörterungen sollen ein Problem behandeln, das für das praktische Rechtsleben von großer Bedeutung ist. Ich denke hierbei nicht in erster Linie an das Sparkassengeschäft selbst. Denn wir wissen, daß dieses im Gesetz ausdrücklich geregelt ist und daß sich das Einzahlen von Geld auf Sparbücher als sog. unregelmäßiger Verwahrungsvertrag (depositum irregulare) i. S. von § 700 BGB. darstellt. — Viel wichtiger ist die andere Frage, wer die Forderung gegen die Kasse auf Rückzahlung des dargeliehenen Geldes erwirbt, eine Frage, die insbesondere dann praktisch wird, wenn jemand nicht auf sein eigenes, sondern auf ein fremdes Buch Einlagen macht. Das letztere Problem soll den ersten, eigentlichen Hauptteil der nachfolgenden Erörterungen einnehmen. Es ist in der Literatur, soweit ich sehe, bisher außerordentlich stiefmütterlich behandelt worden; von größerer Bedeutung ist nur ein Aufsatz von v. Tuhr „Einzahlung auf ein fremdes Sparkassenbuch". Schon den Ergebnissen dieser Arbeit vermögen wir im einzelnen nicht immer zuzustimmen; in der Begründung weichen wir nochmehr in wesentlichen Punkten von ihr ab; wir werden dabei z. T. auf Wegen gehen, die bisher kaum betreten sind. Im übrigen ist die Frage der Einzahlung auf ein fremdes Sparkassenbuch erst durch die Praxis der oberen Gerichte in Fluß gebracht worden; aber gerade hier finden sich in der Beantwortung unserer Frage die größten Meinungsverschiedenheiten.

Im folgenden soll es daher unsere Aufgabe sein, die einzelnen Meinungen und Ansichten kritisch zu erörtern und dazu Stellung zu nehmen; die zu behandelnde Frage ist nicht nur zivilrechtlich von Bedeutung, sondern im besondern Maße auch strafrechtlich.

Hiermit im Zusammenhang werde ich als zweiten Hauptteil meiner Erörterungen noch eine Frage behandeln, die insbesondere von Lenel und Fr. Leonhard angeregt worden ist und die wiederum auch für das Strafrecht praktische Bedeutung hat. Es handelt sich dabei um folgendes: Wem gehört das Geld, das die Kasse an den Erheber auszahlt? Stets und ohne weiteres dem Vorleger des Buches?

§ 2.

Die rechtliche Natur des sog. Sparkassengeschäfts.

Wenn wir im folgenden verschiedene Fragen bezüglich der „Rechtsverhältnisse an Spareinlagen" einer näheren Erörterung

unterziehen wollen, so ist es zunächst unbedingt nötig, sich kurz über die juristische Natur des sog. Sparkassengeschäfts Klarheit zu verschaffen.— Im BGB. findet sich eine positive Bestimmung, die auf unseren Fall Anwendung findet: § 700. Dort heißt es:

> „Werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden die Vorschriften über das Darlehen Anwendung".

Auf das Sparkassengeschäft angewandt, bedeutet diese Vorschrift: Wenn der A bei der Sparkasse B Geld „einlegt", so erwirbt (grundsätzlich) er gegen die B eine Forderung auf Rückzahlung des dargeliehenen Geldes nach Art einer Darlehnsforderung. Über das eingezahlte Geld wird dem Einzahlenden ein Sparkassenbuch ausgehändigt, das in den meisten Fällen den rechtlichen Charakter eines Legitimationspapiers gemäß § 808 BGB[1]) hat. — Im übrigen ist zu bemerken, daß (wie beim Darlehn) der Empfänger, die Sparkasse, die Gefahr trägt. Zeit und Ort der Rückgabe richten sich, falls nichts Gegenteiliges vereinbart ist, nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag (§ 700, I, Satz 3). —.

Vom eigentlichen Darlehn(§§ 607 ff. BGB) unterscheidet sich das Sparkassengeschäft hauptsächlich durch den Zweck: das Darlehn wird hauptsächlich im Interesse des Darlehnsnehmers, das Sparkassengeschäft dagegen überwiegend im Interesse des Gebers (Einlegers) eingegangen,[2]) ein Unterschied, der eine gesonderte Behandlung auch gesetzgeberisch notwendig machte.— Im übrigen aber dürften sich an das Sparkassengeschäft selbst keine größeren Streitfragen knüpfen; das Gesagte mag daher zum Verständnis des folgenden genügen.

1. Hauptteil.

Die Einzahlung auf ein fremdes Sparkassenbuch.

§ 3.

Stellvertretung oder Vertrag zu Rechten Dritter?

Wir haben oben gesehen, dass, falls jemand auf sein eigenes Buch eine Einzahlung macht, ihm regelmäßig auch die Forderung auf Rückzahlung des dargeliehenen Geldes gegen die Kasse zusteht.

Wer aber erwirbt die Forderung gegen die Sparkasse, wenn

[1]) Vgl. RG. Bd. 75, S. 357; Bd. 89, S. 402 ff.; Oertmann: Schuldverhältnisse zu § 808, Anm. 1. b.

[2]) Feisenberger, a. a. O. S. 4.; Enneccerus, Schuldverhältnisse, § 391,2.

jemand (A) eine Einzahlung auf ein Sparbuch macht, das auf den Namen eines anderen [B] ausgestellt ist oder wird? Erwirbt bei diesem Sachverhalt der B die Forderung? Die Frage ist, wie wir nachher sehen werden, grundsätzlich zu bejahen.— Der Vorgang, dass A durch Einzahlung auf das Buch des B die Forderung für B begründet, könnte auf zwei verschiedenen Wegen[1]) juristisch gedeute werden: 1. als Vertretung und 2. als Vertrag zu Rechten[t] des Dritten (B)[2]). — Untersuchen wir zunächst, welche juristische Konstruktion im vorliegenden Fall in Frage kommt. Der Unterschied zwischen Vertretung und Vertrag zu Rechten Dritter wird gemeinhin so ausgedrückt: Bei der Stellvertretung gibt der Handelnde die rechtsgeschäftlichen Erklärungen im fremden, beim Vertrag zu Rechten Dritter im eigenen Namen ab[3]). Bei der Stellvertretung treffen also alle Wirkungen die Person des Vertretenen, beim Vertrag zu Rechten Dritter verbleiben dagegen die rechtlichen Folgen grundsätzlich in der Person des Kontrahenten, des Versprechensempfängers.[4]) Dieses Unterscheidungsmerkmal ist für den vorliegenden Fall unbrauchbar, weil, wenn der A seine Einzahlung gemacht hat, für ihn keinerlei Pflichten mehr entstehen können, weder bei der Vertretung noch beim Vertrag zu Rechten Dritter; das einzige entstehende Recht aber, die Forderung gegen die Kasse, fällt (wie vorausgesetzt) nach beiden Konstruktionsarten dem B zu.[5]) v. Tuhr[5]) sagt nun weiter: ob A das Geld „im eigenen Namen" oder „im Namen des B" einzahle, sei durch Auslegung seines Willens nicht zu ermitteln, weil er sich in den allermeisten Fällen dieses Unterschiedes nicht bewußt sei. Angesichts dieser Sachlage bleibe nichts anderes übrig, als von den beiden nach unserem Gesetz gegebenen Möglichkeiten diejenige anzunehmen, welche jeweils durch ihre Rechtsfolgen am besten der Sachlage entspreche. Wenn man bedenke, dass die Vertretung in der Regel keine Zuwendung des Vertreters an den Vertretenen bewirke, während der Vertrag zu Rechten Dritter eine Zuwendung des Kontrahenten an den Dritten enthalte, so scheine es angemessen, Vertretung anzunehmen, wenn A die Einzahlung mit Geld des B mache, Vertrag zu Rechten des B, wenn A

[1]) Vgl. v. Tuhr, Leipz. Zeitschr. 1918, S. 883;

[2]) Ueber den treffenderen Ausdruck „Vertrag **zu Rechten**" statt „**zu Gunsten**" Dritter vgl. Leonhard, Fr., Lehrbuch, S. 60.

[3]) Hellwig, Vertr. auf Leistung an Dritte, S. 49; v. Tuhr, Leipz. Zeitschr. 1918, S. 883.

[4]) v. Tuhr, Allg. Teil, Bd. II. 2. Hälfte, S. 375.

[5]) v. Tuhr, Lpz. Zeitschr. 1918, S. 883.

eigenes Geld auf das Buch des B einzahle. — Dieser Begründung vermag ich nicht zuzustimmen: Im BGB. gilt bezüglich der Stellvertretung das Offenheitsprinzip (vgl. § 164, Abs. II), d. h. wenn der sog. „Vertreter" nicht klar zum Ausdruck gebracht hat, dass ihn die Folgen seiner Erklärung nicht treffen sollen, so ist er eben kein Vertreter im Rechtssinne, d. h. es können also auch niemals die Vorschriften des BGB über Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB) Anwendung finden. Die Auswahl, die v. Tuhr stets für gegeben hält, ist daher in Wirklichkeit nicht vorhanden. Die Vertretungsbestimmungen können nur in dem Falle Platz greifen, wo Stellvertretung offen „erklärt" ist. [6]) Letzteres dürfte aber, darin ist v. Tuhr beizupflichten, äußerst selten vorkommen. Damit scheidet aber von selbst auch die Konstruktionsmöglichkeit über den Weg der Stellvertretung aus;[7]) es bleibt uns nur die andere über den Vertrag zu Rechten Dritter. Zu letzterem Ergebnis gelangen denn auch im wesentlichen (allerdings ohne Begründung) Praxis und Literatur.

Wir fühlen uns daher grundsätzlich (von Ausnahmefällen abgesehen) berechtigt zu fragen: Ist in der Einzahlung auf ein fremdes Sparkassenbuch ein Vertrag zu Rechten des Dritten (B) zu sehen? —

Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern, § 328, I BGB.—

Wie aber die Erfahrung lehrt, fehlt in den meisten Fällen eine derartige ausdrückliche Vereinbarung, da die Sparkassenkunden über die juristische Natur und die Wirkung der sog. Verträge zu Rechten Dritter nicht nachdenken.— In den regelmäßigen Fällen wird daher die Auslegungsregel des § 328, II BGB Platz greifen. Sie bestimmt:

> „In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Vertrags, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben soll".

Aus der angeführten Bestimmung geht hervor, dass das BGB die Frage, wann ein Vertrag zu Rechten Dritter vorliegt, nicht generell regeln will.

Es wird bezüglich der Frage nach der Berechtigung des Dritten auch nicht eine allgemeine Vermutung g e g e n die Annahme einer unmittelbaren Berechtigung des Dritten aufgestellt.

[6]) Vgl. § 164, II.

[7]) So auch Seufferts Arch. Bd. 35, S. 26 unten.

Letztere Ansicht liegt der Auffassung von Danz [8]) zugrunde. Danz glaubt als „Regel" aufstellen zu können, dass nur dann für den Dritten ein Forderungsrecht aus dem Vertrag zwischen Versprechenden und Versprechensempfänger zur Entstehung komme, wenn in diesen die ausdrückliche Vereinbarung aufgenommen würde, dass der Dritte „Gläubiger" „Forderungsberechtigter" sein solle, oder wenn andere ebenso zweifellose Ausdrücke gebraucht sind.

Diese Ansicht entspricht — wie gerade § 328, II BGB zeigt — nicht der gesetzlichen Regelung. Die hier bekämpfte Auffassung, dass man i. Zw. g e g e n einen Vertrag zu Rechten Dritter auslegen müssen, scheint mir noch ein Ueberbleibsel jener römisch rechtlichen Denkweise zu sein, wonach alle Schuldverhältnisse streng persönlichen Charakter tragen (vgl. den Satz: alteri stipulari nemo potest)

Aus der Annahme, dass das BGB im § 328, II eine allgemeine Regelung vermeiden wollte, folgt, dass jeder Vertrag, bei dem die Frage zweifelhaft wird, daraufhin untersucht werden muss, ob der Dritte das Recht erwerben soll oder nicht. Mit anderen Worten: Es ist in jedem einzelnen Fall nach den allgemeinen Auslegungsregeln der o b j e k t i v e S i n n (Inhalt) des geschlossenen Vertrages festzustellen. [9])

1. Abschnitt.

§ 4.

Ansicht, dass für die Auslegung des Geschäfts bei der Einzahlung auf ein fremdes Sparbuch der — innere — Wille des Einzahlenden massgeblich sei.

Nach einer Ansicht soll es bezüglich der Auslegung auf den Willen — und zwar den inneren Willen — des Einzahlenden [1]) ankommen.

[8]) Danz, Auslegung, S. 256 f., S. 270; vgl. auch Oertmann, Schuldverh. zu § 328.

[9]) Vgl. Leonhard, Fr.: Fahrniserwerb, S. 7.

[1]) Warneyer ad § 328, Anm. II.: „Gläubiger eines Sparkassenguthabens wird diejenige Person, zu deren Gunsten der Einzahlende die Einzahlung hat bewirken wollen".— Inhaltlich steht auch das R. G. dieser Auffassung sehr nahe. Es sagt Bd. 73, S. 221: „Es handelt sich für das neue wie für das alte Recht um Deutung der Vorgänge, um Ermittlung der Willensrichtung des Einzahlenden aus ihnen." Sodann zählt das R. G. eine ganze Anzahl von Umständen auf, die bei der Frage, wem die Forderung gegen die Kas-

In diesem Zusammenhang ist die Frage aufzuwerfen: Kommt es bei der Auslegung auf den inneren Willen des Erklärenden an? Die Frage wird auch heute noch — allerdings mit vielfachen Modifikationen — bejaht[2]). —

Im folgenden werden wir zu dieser Frage eingehend Stellung nehmen müssen.

Der Gegensatz, den wir hier bezüglich der Auslegung berührt haben, steht im Rahmen eines größeren, weittragenderen Streites: Es handelt sich nämlich um den Gegensatz von **Willens- und Erklärungstheorie.** Was ist bei der Auslegung zu berücksichtigen: der Wille oder die Erklärung? Die Meinungen darüber sind geteilt. Ursprünglich galt im gemeinen Recht die reine Willenstheorie, die man anfangs auch auf das BGB zu übertragen versuchte; seit ungefähr zwei Jahrzehnten aber ist die Willenstheorie mehr und mehr zurückgedrängt worden und wird heute — im Vergleich zum Pandektenrecht — nur noch mit Abschwächungen vertreten.[3])

Die Anhänger des Willensdogmas führen zur Begründung ihrer Auffassung eine Reihe gewichtiger Momente ins Feld. — Betrachten wir zunächst die **geschichtliche Entwicklung** der Willenstheorie und fragen wir uns, ob die Willenstheoretiker diese als Stütze für ihre Ansicht — bei der Auslegung müsse der innere Wille erforscht werden — heranziehen können.

Es ist allerdings nicht zu bezweifeln, dass die Römer dem Willen mitunter eine weittragende Bedeutung beigelegt haben. So wird in den Digesten [4]) gesagt: Qui errat non consentit; si error intervenerit nihil valet; quid tam contrarium consensui quam error. Aus dieser Quellenstelle geht klar hervor, dass bei Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung das Rechtsgeschäft nichtig war. Das römische Recht stand also hinsichtlich der **Gültigkeit** eines Geschäfts durchaus auf dem Standpunkt der **Willenstheorie.**

Es fragte sich: Vertraten die Römer auch hinsichtlich der **Auslegung** die **Willenstheorie?** Und dies dürfte allerdings auch für das römische Recht zu verneinen sein. Des öfteren, wenn die Römer von Auslegung sprechen, erklären sie: maßgeblich sei

se zuzusprechen sei, berücksichtigt werden könnten, ohne aber schließlich einem dieser Merkmale entscheidende Bedeutung beizulegen. Aus all diesem zieht v. Tuhr, Leipz. Zeitschr. 1918, S. 882 wohl mit Recht die Folgerung, dass es das R. G. bei der Auslegung auf den **inneren Willen** abstelle.

[2]) Vgl. Manigk, Irrtum u. Auslegung. S. 189 ff.; Enneccerus, Allg. Tl. § 192 I, 1 u. a.

[3]) Vgl, Enneccerus, Allg. Tl. § 192, I, 1-6.

[4]) D. 50, 17, 1. 116. — 5, 1, 1. 2 pr.

„quod actum sit inter eos“ [5]). Vor allem aber sagen sie, es komme bei der Auslegung an: non ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu.[6]) Hieraus geht klar hervor, dass die Römer sich bezüglich der **Auslegung** einer **objektiven Deutung** befleißigten, nicht aber den Willen zu erforschen suchten.

Freilich scheinen mit dieser objektiven Deutung gewisse andere Quellenstellen in unlösbarem Widerspruch zu stehen; [7]) es wird häufig auf die sog. voluntas zurückgegangen. Also müssen die Römer die Auslegung wohl doch auf eine **Willensdeutung** abgestellt haben? Dieser Schluss ist aber nicht zwingend.[8]) Werden die in Betracht kommenden Stellen — unter Würdigung des Zwecks und des Zusammenhangs der einzelnen Vorschriften — richtigausgelegt, so ergibt sich, dass auch in den letztgenannten Fällen die Auslegung **nicht** auf „innere Seelenzustände“ abgestellt wurde, sondern dass nur diejenigen Umstände in Betracht kamen, die — auch Dritten gegenüber — kenntlich waren.[8]) Das Gesagte gilt insbesondere von den Ausdrücken: voluntas, animus [9]) mens, [10]) consensus u. a. Es handelt sich hierbei also nicht lediglich um „das innere Einigsein“, sondern schlechthin um „die Uebereinstimmung insoweit, als sie für den Vertrag nötig ist“. [11]) —

Zudem sei in diesem Zusammenhang auch noch auf einen Punkt hingewiesen, der insbesondere von Rud. Leonhard hervorgehoben worden ist [12]): Die Römer machten sich von dem Gegensatze zwischen Willens- und Erklärungsinhalt überhaupt keine scharfe Vorstellung; auch dies ist ein Grund, der gegen die Willenstheorie — in bezug auf die Auslegung — spricht.

In Verfolgung unserer Erörterungen ist es daher auch nicht richtig, wenn man sagt: Im altrömischen Recht habe man die Rechtsgeschäfte zunächst nach typischen Merkmalen ausgelegt,

---

[5]) D. 19, 5, 1. 8. — 2, 15, 1. § 3.

[6]) D. 33, 10, 1. 7. § 2.

[7]) Vgl. z. B. D. 50, 16, 1. 125; 45,1, 1. 41 pr.

[8]) Leonhard, Rud., Irrtum, Teil II, S. 21; Teil I, S. 20 ff., bes. S. 40 ff. Leonhard, Fr., Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 120, S. 76,

[9]) 1. 3. § 1 D. de obl. et act 44, 7.

[10]) 1. 28. § 1. D. de verb. sing. 50, 16.

[11]) so Leonhard, Fr. im Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 120, S. 77; vgl. auch Leonhard, Rud., Irrtum Tl. I, S. 39 ff.

[12]) Leonhard, Rud., Irrtum' Tl. I, S. 38 f.

später erst habe man diese Methode verlassen, um nach dem **inneren** Willen des Erklärenden auszulegen und zwar dies zu dem Zwecke, damit in erster Linie der **Erklärende** günstiger behandelt werde, damit das von ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft keine anderen als die von ihm gewollten Wirkungen haben solle.— In Wirklichkeit gingen die Römer garnicht von der „typischen", „schematischen" Auslegung zur Beachtung des inneren Willens über, sondern, während sie vorher nur die förmliche Schlußerklärung (verba) zur Deutung des Inhalts heranzogen, benutzten sie dazu jetzt auch die Vorverhandlungen (voluntas)[13]), den individuellen Sinn des Geschäfts.

Durch die vorangehende Untersuchung ist also festgestellt, daß die Römer zwar hinsichtlich der **Gültigkeit der Rechtsgeschäfte** durchaus auf dem Boden der Willenstheorie standen, dass sie aber in bezug auf die **Auslegung** einen objektiven Standpunkt einnahmen. Diese verschiedenartigen Auffassungen sind durchaus miteinander verträglich, da die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts und dessen Inhalt zwei ganz verschiedene Dinge sind, die sehr wohl auch verschieden behandelt werden können.

Die Auffassung, daß die Römer bei der **Auslegung** von Rechtsgeschäften den **inneren Willen** für maßgeblich erklärten, ist somit — wie gesehen — abzulehnen und kann also auch nicht von den Anhängern des Willensdogmas in bezug auf die Auslegung zur Stützung ihrer Ansicht herangezogen werden.

Es soll natürlich nicht verkannt werden, daß im **römisch gemeinen** Recht die Willenstheorie durchaus herrschend war, daß sie auch in bezug auf die Auslegung rein vertreten wurde.[14]) Das vermag jedoch an der oben mitgeteilten Auffassung nichts zu ändern.

Die Anhänger des Willensdogmas stützen aber ihre Ansicht nicht allein auf die geschichtliche Entwicklung dieser Theorie, sondern sie glauben, ihre Ansicht (wenn schon mit mannigfachen Modifikationen) auch im bürgerlichen Recht verwirklicht. Diese Gründe bedürfen ebenfalls einer genaueren Erörterung!

Hauptsächlich führen die Willenstheoretiker den § 133 BGB zur Stützung ihrer Ansicht ins Feld. Diese Bestimmung lautet:

> „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften".

---

[13]) Vgl. Hollander, Lehre vom error, 16, 24 ff.; Leonhard, Fr. Arch. f. ziv. Pr. Bd. 120, S. 73, 75.

[14]) Vgl. z. B. Windscheid, Pand. Bd. I, § 84.

Spricht dieser Paragraph für die Willenstheorie? Die Vorschrift findet sich im BGB unter dem Abschnitt „Willenserklärung". Schon hierin liege, wie Bierling [15]) bemerkt, für jeden Unbefangenen ein Hinweis darauf, dass es sich bei der Auslegung von Rechtsgeschäften in **erster Linie** um Festellung des **Willens** handele, den die ein Rechtsgeschäft Vollziehenden zum Ausdruck bringen oder sichtbar machen **wollten.** M. E. dürfte ein derartiger Schluss kaum gerechtfertigt sein.

Prüfen wir weiterhin den Wortlaut der in Betracht kommenden Vorschrift! § 133 BGB redet allerdings von der Erforschung des „wirklichen Willens". Auf diesen Ausdruck legen die Anhänger des Willensdogmas den größten Wert, übersehen aber dabei, daß in dem Nachsatz steht „und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften". Beides — Vorder- und Nachsatz — muss im Zusammenhang miteinander betrachtet werden. Tut man das, dann liegt aber doch bei genauerem Zusehen in dem Nachsatz schon eine Einschränkung des Vordersatzes. Der Nachsatz lehnt nämlich nicht jede objektive Deutung ab, sondern nur die „buchstäbliche". [16]) Ergebnis: Der Vordersatz des § 133 BGB scheint stark für die Willenstheorie zu sprechen; der Nachsatz lehnt die objektive Deutung nicht schlechthin ab. Ist beides miteinander zu vereinbaren? Ich glaube, die Frage bejahen zu dürfen und zwar auf Grund folgender Erwägung: Die Fassung des jetzigen § 133 BGB beruht ganz auf der gemeinrechtlichen Sprach- und Denkweise. Wir haben oben bereits Gelegenheit genommen, näher auf die geschichtliche Entwicklung der Willenstheorie im gemeinen Recht einzugehen. Wir haben gesehen, daß die Römer unter den Ausdrücken „voluntas". „mens" „animus" contrahentium nicht „innere Seelenzustände" verstanden, sondern daß darunter nur diejenigen Umstände zu begreifen waren, die nach aussen, Dritten erkennbar in die Erscheinung getreten sind. Diese Erwägung dürfte geeignet sein, den in § 133 BGB enthaltenen Widerspruch zu lösen: Denn der Ausdruck des § 133 „wirklicher Wille" ist nichts anderes als die römische voluntas contrahentium, nichts anderes als das, was man heute als den sog. Parteiwillen bezeichnet. Unter dem Parteiwillen aber ist nach heute durchaus herrschender Meinung der wahre, objektive Sinn eines Rechtsgeschäfts zu verstehen.— Welcher Sinn liegt also dem § 133 zugrunde? Er bedeutet, wie das Danz [17]) sehr schön zusammenfaßt, „nichts anderes, als daß der Richter bei

[15]) Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. IV. S. 234.

[16]) so auch Leonhard, Fr., Arch. f. ziv. Pr., Bd. 120, S. 79.

[17]) Danz, Auslegung d. Rechtsgeschäfte, S. 23.

jeder Auslegung nicht einfach die Worte in ihrer gewöhnlichen Bedeutung zu nehmen hat, sondern in jedem Fall ins Auge zu fassen hat: die Umstände, unter denen sie geäußert sind, die Verbindung der einzelnen Sätze, den wirtschaftlichen Erfolg, der erstrebt wird". Mit anderen Worten ausgedrückt: Es soll jegliche Buchstabeninterpretation, jegliche Wortklauberei bei Auslegung eines Rechtsgeschäfts vermieden werden.[18]) Sollte es denn auch im Ernst der Sinn des BGB sein, dem Richter aufzuerlegen, bei jeder Auslegung den **inneren Willen** zu erforschen? Das ist nicht anzunehmen. Falls dies der Sinn des § 133 BGB sein sollte, hätte der Gesetzgeber in die Zivilprozeßordnung eine derartige Bestimmung (etwa analog § 139 ZPO; Fragepflicht des Richters) aufnehmen müssen.[19])

So ist denn auch heute — vor allem in der Judikatur des Reichsgerichts — durchaus anerkannt, daß unter dem Ausdruck, der „wirkliche Wille" sei zu erforschen, nicht der innere, sondern der erklärte Wille (der individuelle Sinn des Geschäfts) zu verstehen sei.[20])

Die Willenstheorie stützt sich zum Beweise ihrer Ansicht aber noch auf andere Argumente, so vor allem auf den Begriff der Willenserklärung.[21]) Man sagt: [22]) Der **entscheidende Umstand**, welcher eine Willenserklärung tauglich mache, rechtliche Wirkungen hervorzubringen, liege in dem durch die Erklärung an den Tag gelegten **Wollen dieser Wirkungen.** Bierling[23]) drückt dies etwas anders dahingehend aus: Schon in dem Ausdruck „Willenserklärung" liege, daß es sich bei der Auslegung von Rechtsgeschäften **in erster Linie** um Feststellung des **Willens** handele.— Ich halte es für verfehlt, aus dem Begriff der Willenserklärung Gründe für das Vorhandensein dieser oder jener Theorie abzuleiten; legt man den Hauptton auf die erste Silbe des Ausdrucks, würde man demnach zur Willenstheorie gelangen; legt man den Hauptton auf die zweite Silbe, so würde man mit genau derselben

[18]) Danz, a. a. O. S. 23.; Titze, Mißverständnis, S. 85; Leonhard, Fr. Arch. f. ziv. Pr. Bd. 120, S. 79 f. Leonhard, Rud., Irrtum, Tl. I, S. 89 ff.; vgl. auch RG. Bd. 68, S. 128 sowie fast alle neueren RG.-Entscheidungen.

[19]) Danz a. a. O. S. 21, S. 23.

[20]) Vgl. bes. R. G. Bd. 90, S. 371; Bd. 91, S. 246; Bd. 93, S. 299 u. a.; vgl. auch Staudinger, Allgem. Teil zu § 133, Anm. 4.

[21]) Vgl. Enneccerus, Allg. Tl. § 192, I, 1; Bierling, a. a. O. Bd. IV, S. 234, ff; auch Motive, I, S. 126, 189, 190.

[22]) Motive I, S. 189 f.

[23]) Bierling a. a. O. Bd. IV, S. 234.

Berechtigung zum Gegenteil kommen; zudem ist es auch eine Frage des **positiven** Rechts, nach welchem dieser beiden Faktoren (Wille — Erklärung) sich die Auslegung zu richten habe.

Bezüglich ihrer Auffassung, daß es bei der Auslegung auf den inneren Wille ankomme, stützen sich die Willenstheoretiker auch auf die **allgemeine Willenstheorie.** Darin liegt eine erhebliche Gefahr. Wenn man behauptet, es herrsche in unserem Recht ein „allgemeines Willensprinzip", so ist damit leicht die Gefahr gegeben, auch in den Fällen, wo sicherlich nicht die Willenstheorie gelten darf, sie trotzdem anzuwenden. Wie wir später — bei der Betrachtung des Surrogationsgedankens — noch näher zeigen werden, ist es ja eben der Sinn eines Prinzips, seine Anwendung auch auf Fälle hinaus zu erstrecken, die von gesetzlicher Regelung nicht mit umfaßt sind. Gibt es eine allgemeine Willenstheorie? Man kann in dieser Frage nicht auf jegliche Stellungnahme verzichten. Sehr häufig kommt es vor, dass jemand blindlings eine Urkunde unterschreibt; ist der Text dieser Urkunde für den Unterzeichnenden verbindlich? Ich glaube man wird die Frage im Interesse der Verkehrssicherheit bejahen müssen. So geht denn auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts dahin, dem Text einer ungelesenen Urkunde volle Verbindlichkeit zuzuerkennen. Das Reichsgericht macht von dieser Regel nur dann eine Ausnahme, wenn jemand eine Urkunde, ohne sie zu lesen, unterzeichnet in der Meinung, sie gebe vorausgegangene Vertragsabmachungen wieder oder wenn er sich sonst eine unrichtige Vorstellung von dem Inhalt der Urkunde macht; letzterenfalls — aber nur dann — ist Irrtumsanfechtung nach § 119 BGB gegeben. [24]) Damit stellt sich das Reichsgericht m. E. auf den durchaus richtigen Standpunkt: eine allgemeine Willenstheorie gibt es nicht.— Somit sind die Gründe, welche die Willenstheoretiker zur Stützung ihrer Ansicht heranziehen, im wesentlichen erschöpft.—

Dies Ergebnis wird vollends bestätigt durch das, was von erklärungstheoretischer Seite gegen diese Theorie vorgebracht wird.

Gegen die Annahme, daß der **innere** Wille erforscht werden müsse, spricht in besonders starkem Maße der Zusammenhang des § 133 mit anderen Vorschriften des BGB.

Nach § 119 BGB kann derjenige, der bei Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war, d. h. etwas anderes wollte als er erklärt hat, die Erklärung anfechten; damit hat das Gesetz den Standpunkt, daß es auf den inneren Willen ankomme, verlassen. Dieser Paragraph zeigt besonders deutlich, daß in erster Linie die **Erklärung** zu berücksichtigen ist und erst

[24]) Vgl. R. G. Bd. 77, S. 312; Warneyer Rechtspr. 1918, Nr. 25.

in zweiter Linie der **Wille** des Erklärenden. Für eine Anfechtung wegen Irrtums wäre bei strenger Befolgung der Willenstheorie gar kein Raum übrig, da — folgerichtig zu Ende gedacht — ein Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung gar nicht existieren könnte. Denn wenn § 133 BGB auf dem Standpunkt des Willensdogmas steht, so kann durch **Auslegung** (nach § 133) jegliche Unebenheit zwischen Wille und Erklärung beseitigt werden, wodurch die Anfechtung des § 119 BGB mehr oder weniger gegenstandslos werden würde [26])

In diesem Zusammenhang mag nicht unerwähnt bleiben, daß auch die Willenstheoretiker versucht haben, den § 119 für ihre Ansicht (Willenstheorie) ins Feld zu führen. Man geht dabei von folgender Argumentation aus: § 119 läßt bei Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung die Anfechtung zu; daraus ergibt sich, daß § 119 auf dem Boden des Willensdogmas steht, denn —nachdem angefochten ist— triumphiert ja der innere Wille. Diese Folgerung ist m. E unhaltbar; es ist vielmehr umgekehrt zu sagen: in erster Linie komme es auf die **Erklärung** an; an diese —wie sie nach Treu und Glauben usw. auszulegen wird — ist der Erklärende gebunden, und er kann sich von den Folgen, die er durch seine Erklärung in der Rechtswelt hervorgebracht hat, nur dadurch befreien, daß er anficht (§ 119) und ein „Lösegeld" (§ 122) entrichtet. Erst durch einen zweiten selbständigen Akt — die Anfechtung — verschafft sich der bisher unberücksichtigt gebliebene innere Wille Geltung.[27])

§ 157 BGB bestimmt, daß die Auslegung nach **objektiven Merkmalen** zu geschehen habe: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern." Man hat allerdings (von willenstheoretischer Seite) auch diese Vorschrift nur als ein beschränktes Moment für die Erklärungstheorie gelten lassen wollen, indem man sagt: § 157 ist unter dem Abschnitt „Vertrag" (§§ 145 ff. BGB.) geregelt, während § 133 ganz allgemein unter dem Abschnitt „Willenserklärung" steht. § 133 gelte für alle Rechtsgeschäfte, § 157 dagegen nur für Verträge. Ich glaube, man braucht auf diese Äußerlichkeit nicht allzuviel Wert zu legen; es handelt sich hier, wie Titze[28]) bemerkt, um eine „redaktionelle Unebenheit", der eine

[26]) Dies ist vor allem gegen die Ausführungen von Bierling a.a.O.Bd.IV S. 234 zu sagen.

[27]) Daß § 119 kein Argument für die Willenstheorie ist, wird denn auch allgemein zugegeben. Vgl. Manigk a.a.O, S.243 f; Leonhard,Fr.Arch.f.ziv.Pr.Bd. 120,S.73 f; Danz a.a.O.S.26 ff; R.G.Bd.68,S.128.

[28]) Titze a.a.O. S.84.

besondere Wichtigkeit für unsere Frage nicht zuzuerkennen ist. So sind also außer den zweiseitigen auch die einseitigen Rechtsgeschäfte nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157), d.h. nach **objektiven Merkmalen**, auszulegen.[29])

Ferner spricht im besonderen Maße für die Erklärungstheorie § 116 BGB, wonach eine Willenserklärung nicht deshalb nichtig ist, weil sich der Erklärende ins geheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Durch diese Vorschrift wird zum Ausdruck gebracht, daß der die Willenserklärung Abgebende seine Worte (bzw. Handlungen) in der verkehrsüblichen Bedeutung gegen sich gelten lassen muß, auch wenn er — seinem Gegner nicht erkennbar — in seinem Innern gedacht hat: durch meine Worte (bzw. Handlungen) will ich trotzdem nicht verpflichtet werden.

Die Willenstheoretiker haben versucht, auch diesen Paragraphen zur Stützung ihrer Ansicht heranzuziehen. So sagt Manigk:[30]) „Wer die Fassung des nun einmal Gesetz gewordenen § 116 prüft, kann m.E. nicht leugnen, daß dieselbe deutlich auf ein **außerhalb liegendes entgegengesetztes Prinzip** der Behandlung der Divergenzfälle hinweist. Denn es heißt: „Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil ....." Warum wird normiert, daß die Willenserklärung **in diesem Falle** nicht nichtig sein solle? Offenbar, weil sie in logischer Konsequenz eines anderen, dem Gesetz zugrunde liegenden Prinzips für nichtig angesehen werden müßte oder doch könnte. So ergibt sich selbst aus § 116 das Bestehen des willens-theoretischen Prinzips im Gesetze, von dem die besondere Norm des § 116, Satz 1 sachlich nur abweichen will."[31]) — Dagegen ist zu sagen: Zum mindesten ist diese Auslegung des § 116, Satz 1 künstlich. Das erkennt auch die Mehrzahl der Willenstheoretiker an, indem sie versuchen, dem § 116 BGB jegliche praktische Bedeutung abzusprechen.[32]) Damit ist aber die Vorschrift noch nicht hinfällig; sie ist im Gesetzbuch vorhanden und muß auch gedeutet werden. — Eine befriedigende Auslegung i.S. der Willenstheorie aber ist aus § 116, Satz 1 nicht zu entnehmen. Das wird auch noch in anderer Weise von den Anhängern des Willensdogmas zugegeben; denn gerade von willenstheoretischer Seite[33]) aus hat man bereits begonnen, die Willenstheorie so umzuformen, daß sie mit § 116, Satz 1 in Einklang komme, ein Beginnen, das deutlich beweist, daß jegliche (streng

[29]) Danz a.a.O. S.132 ff.

[30]) Manigk a.a.O. S.53.

[31]) so auch Hölder, Zur Lehre von der Auslegung, S.61.; Staudinger, Allgem. Tl. zu § 116, Anm. 2; Endemann, Lehrb. Bd. I, § 60, Anm. 15.

[32]) Gradenwitz a.a.O. S.12 ff. bezeichnet § 116 als ein „transzendentes Schatteninstitut."

[33]) Henle a.a.O. S.53 ff.; vgl. Manigk a.a.O. S.50 f.

befolgte) Willenstheorie an dem „Vorgebirge der Mentalreservation“[34]) scheitert. — Falls man dagegen auf dem Standpunkt der Erklärungstheorie steht, wird man den § 116 sehr leicht und ungezwungen in ein System bringen können.

Ein Grundpfeiler für die Erklärungstheorie ist § 164, Abs. II BGB. Falls ein Rechtsgeschäft unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirken soll, muß die Willenserklärung (im Rahmen einer bestehenden Vertretungsmacht) auch nach außen erkennbar im Namen des Vertretenen abgegeben sein. Das zeigt sich besonders deutlich in § 164, II:

> „Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht.“

d.h. auch wenn der „Vertreter“ den inneren Willen gehabt hat, für den „Vertretenen“ zu handeln, sich also nicht selbst, sondern nur den „Vertretenen“ hat verpflichten wollen, so wird doch der „Vertreter“ selbst verpflichtet, falls er durch seine **Erklärungen** i.w.S. nicht das Gegenteil kundgetan hat; auch hier wird also einer objektiven Deutung das Wort geredet.[35])

Man hat allerdings auch den § 164, II von willenstheoretischer Seite für sich in Anspruch genommen oder doch wenigstens versucht darzutun, daß diese Vorschrift kein Argument für die Erklärungstheorie sei.[36]) Manigk[36]) sagt, § 164, II entspringe einer „singulären Forderung des Vertretungsrechts, nämlich dem Prinzip der **offenen Stellvertretung.**“ — Aber ist denn das Offenheitsprinzip, das wir vor allem im dritten Buch des BGB so ausgeprägt finden, etwas anderes als eine Anwendung des der Erklärungstheorie zugrunde liegenden Gedankens der Kenntlichkeit? — Ich glaube, wenn man § 164, II von dieser Warte aus betrachtet, so erscheint er nicht mehr als eine „singuläre“ Vorschrift, sondern er stellt sich vielmehr dar als ein „integrierender Bestandteil“ unserer Rechtsordnung **überhaupt**[37])

Aus den von uns angeführten Gründen ergibt sich, daß die Willenstheorie schlechthin abzulehnen ist. Sie wird denn auch heute — wie schon betont — nur noch mit mannigfachen Modifikationen vertreten. Manigk, stets ein Hauptvorkämpfer der Willenstheorie, vertritt diese **theoretisch** in allen Fällen; **praktisch** aber macht er doch eine bedeutsame Einschränkung. Er sagt auf Seite

---

[34]) Manigk a.a.O. S.50.

[35]) so bes. Danz a.a.O. S.20.

[36]) Vgl. Manigk, S.92 ff.

[37]) so im Ergebnis: Leonhard, Fr. Arch. f. ziv. Pr. Bd. 120, S.74; Danz a.a. O. S.20.

202 seiner Schrift: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften, sondern der wirkliche, der Erklärung zugrunde liegende Wille zu erforschen und zu prüfen, ob er in der Erklärung zu **erkennbarem Ausdruck gelangte.**" Damit ist — wenigstens im praktischen Ergebnis — einer objektiven Deutung das Wort geredet.

Mit den zitierten Ansichten und Gegenansichten mag es sein Bewenden haben; soviel dürfte jedenfalls aus unseren Erörterungen klar geworden sein, daß die Willenstheorie — und demzufolge — eine Auslegung nach dem Willen für unser heutiges Recht aus **theoretischen Gründen** nicht möglich ist.

Ist aber die Annahme, daß es auf den inneren Willen des Erklärenden ankomme, schon aus theoretischen Gründen unhaltbar, so führt sie in der **Praxis des Rechts** geradezu zu unleidlichen Ergebnissen.

Wenn dem Richter durch § 133 BGB aufgegeben werden sollte, bezüglich der Auslegung den **inneren** Willen zu erforschen, so würde man ihm damit eine Arbeit aufbürden, der kein Mensch gewachsen wäre, abgesehen davon, daß die am Rechtsverkehr Teilnehmenden sich oft die Wirkungen ihres Handelns gar nicht genügend vor Augen stellen; wenn z. B jemand in einen Laden geht und sich Zigaretten „kauft," so will er gewöhnlich bloß die „gekauften" Sachen haben, an die Folgen, die seiner Willenserklärung durch das Recht beigelegt werden, denkt er gar nicht. Darum ist auch die Ansicht, daß bei allen Rechtsgeschäften ein sog. Rechtsfolgewillen vorhanden sein müsse, in der Praxis unhaltbar.[38]) Denn, wenn sich wirklich bei den Parteien keine auf Rechtsfolgen gerichtete Absicht feststellen läßt? Soll dann der Richter die Klage abweisen, weil die Willenserklärungen keine Rechtswirkungen hätten nach sich ziehen können?[39]) — Ist es schließlich nicht ganz unmöglich, den inneren Willen, die Absicht einer Partei zu beweisen?[40]) Wie ungeheure Schwierigkeiten bereitet in der Praxis z. B. § 239 K. O.! Dort gilt es, dem Schuldner nachzuweisen, daß er die in der betreffenden Vorschrift einzeln aufgeführten Handlungen vorgenommen hat in der **Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen.** Soll man dem Richter bei jeder einzelnen Auslegung derartige Schwierigkeiten aufbürden?

Wollte man aber wirklich mit der Lehre, daß bei der Auslegung der innere Wille zu erforschen sei, ernst machen, so würde dies zu den größten Härten und Unbilligkeiten für die Gegenseite führen. Man gelangte auf diese Weise zu einem verkehrs-

---

[38]) Das ist gegen Manigk a. a. O. S. 264 ff zu sagen.

[39]) so fragt Danz a. a. O. S. 22 mit Recht.

[40]) so auch Ebbecke in Ihrings Jahrb. Bd. 69, S. 2 Mitte.

feindlichen unannehmbaren Ergebnis:[41]) Ich kündige auf den 1. Oktober; soll ich mich nachher darauf berufen können, mein innerer Wille sei gewesen, auf den 1. November zu kündigen? Nein! Jeder muß in erster Linie zu seiner Erklärung stehen, muß sich gefallen lassen, daß seine Worte nach der verkehrsüblichen Weise gedeutet werden und kann — unter Umständen, d.h. wenn die Voraussetzungen von §§ 119 ff. BGB gegeben sind — seine Willenserklärung anfechten, muß aber dann dem Gegner nach § 122 BGB das sog. Vertrauensinteresse ersetzen. —

Das Ergebnis unserer bisherigen Erörterungen ist, daß der Wille für die Auslegung nicht maßgebend ist.[42]) Es kann also auch bezüglich der Frage, wer bei der Einzahlung auf ein fremdes Sparkassenbuch die Forderung gegen die Kasse auf Rückzahlung des dargeliehenen Geldes erwerben soll, nicht auf den inneren Willen des Einzahlenden ankommen. Inhaltlich kann daher auch der Ansicht des Reichsgerichts nicht beigepflichtet werden.

2. Abschnitt.

Ansicht, daß die Forderung gegen die Sparkasse dem zugesprochen werden müsse, aus dessen Mitteln die Einzahlung gemacht sei.

§ 5

1. Frage, ob es ein allgemeines Prinzip der dinglichen Surrogation gibt.

Es ist sodann bezüglich der Einzahlung auf ein fremdes Sparkassenbuch die Ansicht vertreten worden, daß demjenigen die Forderung gegen die Kasse zugesprochen werden müsse, aus dessen **Mitteln** die Einzahlung gemacht sei.[1])

Diese Auffassung bemüht sich, die Frage, ob ein Vertrag zu Rechten Dritter vorliegt oder nicht, nach objektiven, äußerlich hervortretenden Merkmalen zu beurteilen.

Dabei bleibt jedoch zu prüfen, ob es auf die Herkunft des eingezahlten Geldes entscheidend ankommt. Richtet sich der Erwerb eines Rechtes nach dem BGB **grundsätzlich** nach den Mitteln, aus denen eine Einzahlung gemacht wird? (Denn hierauf läuft schließlich die soeben mitgeteilte Ansicht hinaus.) Man kann dann (in einwandfreier juristisch technischer Ausdrucksweise die Frage auch so stellen: Kommt dem angeblichen Prinzip von der Surrogation (speziell dem der dinglichen Surrogation) eine allge-

[41]) Oertmann, Rechtsordnung u. Verkehrssitte, S. 109, d.

[42]) so jetzt auch im wesentlichen: Soergel, Komm. zum BGB zu § 133 Anm. 1.

[1]) OLG. Breslau in OLG. Rspr., Bd. 21, S. 218; vgl. auch RG. Str. Bd. 43 S. 17.

meine Geltung zu, eine Geltung, die sich auch über die Fälle hinaus erstreckt, die vom Gesetz geregelt sind? — Ehe wir die letzte Frage beantworten können, ist es nötig, uns darüber klar zu werden, ob wir es bei der Surrogation überhaupt mit einem sog. Rechtsprinzip zu tun haben, ob mit anderen Worten eine allgemeine Theorie der Surrogation möglich ist.

Der in Frage stehende Grundsatz müßte dann in Anwendung auf die Rechtsverhältnisse an Spareinlagen des Inhalts sein: Wenn jemand (A) Geld aus dem Vermögen eines anderen (B) nimmt und dies bei der Sparkasse anlegt, so steht die Forderung gegen die Kasse auf Rückzahlung des dargeliehenen Geldes ohne weiteres dem anderen (dem B) zu. — Letztere Frage ist sehr bestritten.

Es ist deshalb im Rahmen unserer Arbeit eine genaue Erörterung geboten; schon jetzt vermögen wir zu erkennen, daß die Bejahung der Frage eminent praktische Folgen zeitigt; denn ein Prinzip erweist seine Kraft gerade dann, wenn es sich um die Entscheidung eines Falles handelt, der von der positiven gesetzlichen Regelung nicht mitumfaßt wird. Um dies kurz zu belegen, darf ich auf das Beispiel des § 957 BGB verweisen: Wenn ein Nichtberechtigter einem andern (dem A) gestattet, sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile einer Sache anzueignen, so erwirbt der A (unter Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen) Eigentum an den Erzeugnissen und Bestandteilen. Nach dem Wortlaut der genannten Bestimmung scheint Besitz des Gestattenden nicht nötig zu sein — Gegen eine derartige Auslegung wendet sich aber mit Recht ein großer Teil der Literatur.[2]) Man leitet aus den §§ 929 ff., 873 u. a. BGB das sog. Kenntlichkeitsprinzip her und wendet den in diesem Prinzip enthaltenen Grundgedanken (Kenntlichkeit) auch auf den Fall des § 957 an. Danach ist der Dritte, falls er von einem Nichtbesitzer die Erlaubnis zur Aneignung der Früchte und Bestandteile erhielt, nicht schutzwürdig, sonden nur dann, wenn der Gestattende Besitzer war. Dies Ergebnis ist sicher zu billigen. — Das Beispiel zeigt besonders deutlich, daß die echten juristischen Prinzipien ihre Kraft gerade in den Fällen beweisen, die von der gesetzlichen Regelung nicht betroffen sind.[3])

§ 6.

Gang der Untersuchung.

Bei der Behandlung der vorstehenden Frage sind drei Wege

[2]) Cosack, Bd. II, S. 149; Leonhard, Fr., Lehrbuch, S. 124.

[3]) so auch Enneccerus, § 53, II, 1, b.

denkbar:

a) Eine Methode zeigt uns Beyer.[1]) Er geht aus von den gemeinrechtlichen Sätzen „pretium succedit in locum rei, res in locum pretii" und „surrogatum sapit naturam eius, cui surrogatur", welch letzterer Satz hauptsächlich als Modell zum Surrogationsbegriff des BGB gedient habe. Im Anschluß an diese beiden Sätze entwickelt Beyer seinen Surrogationsbegriff, der nach ihm vier Voraussetzungen hat.[2])

1. Ein Gegenstand muß aus dem Vermögen, zu dem er gehört, ausgeschieden sein.
2. Mit dem ausgeschiedenen Gegenstand muß ein anderer Gegenstand erworben sein.
3. Ein solcher Art erworbener Gegenstand muß in das Vermögen, dem der ausgeschiedene angehört hatte, eingetreten sein.
4. Dieser Eintritt muß sich unabhängig vom Willen des Erwerbers vollzogen haben.

Mit Hilfe dieser vier Voraussetzungen seines Surrogationsbegriffes ist Beyer nunmehr leicht in der Lage zu entscheiden, wann im BGB Surrogation vorliege und wann nicht. Mittels des von ihm aufgestellten Surrogationsbegriffes folgert Beyer, daß in den Fällen der §§ 1382, 1381 und 1646 BGB keine Surrogation vorliege, und zwar im ersteren Falle deshalb nicht, weil die dritte, und in den beiden letzteren Fällen deshalb nicht, weil die vierte von ihm aufgestellte Voraussetzung fehle. Im einzelnen mag man das Ergebnis gutheißen oder es mißbilligen; jedenfalls ist doch die grundlegende Frage zu stellen: Kann eine solche Methode gebilligt werden?

Zunächst ist es, wie Bellermann[3]) richtig bemerkt, äußerst problematisch, ein derart enges Abhängigkeitsverhältnis zwischen römischem und heutigem Recht zu konstruieren, wo zudem[4]) im römischen Recht[5]) von dinglicher Surrogation niemals die Rede gewesen sei. Hiermit zusammenhängend muß die Frage aufgeworfen werden: War die Formulierung des Beyerschen Begriffes auch zwingend? [6])

In der Methode Beyers steckt zudem noch ein anderer Fehler: die **übermäßige** Bevorzugung der Geschichte: Zwar ist es richtig, daß bei der Auslegung von Gesetzen der Geschichte eine große Rolle zukommt; das darf aber nicht dazu führen, der

[1]) Beyer a. a. O., S. 6 ff.
[2]) ebenda S. 6.
[3]) Bellermann a. a. O. S. 4.
[4]) Leonhard, Rud., Erbschaftsbesitz, S. 65 f. —
[5]) Vgl, hierzu § 8 der Arbeit.
[6]) Vgl. Bellermann, a. a. O. S. 4.

Geschichte einseitig den Vorzug zu geben[7]) — Die Geschichte zeigt den Zug der Entwicklung, zeigt nicht nur, daß alte überlieferte Rechtsanschauungen beibehalten werden (z. B. Schuldprinzip der Römer), sondern zeigt — was Beyer anscheinend übersieht — häufig auch eine bewußte Abkehr von alten Rechtsstandpunkten,[7]) man denke nur an die Lehre vom Besitz; während das frühere Recht sich bezüglich des Besitzes mit der tatsächlichen Herrschaft (dem corpus) nicht begnügte, sondern auch noch einen Willen (den animus rem sibi habendi) hinzuverlangte, steht unser BGB — wie nicht zweifelhaft sein kann- durchaus auf dem gegenteiligen Standpunkt.[8]) — Auch aus diesem Grunde, daß nämlich die Rechtsanschauungen im Laufe der Zeit Änderungen erfahren, verbietet es sich, Begriffe aus früheren Rechten ohne weiteres auf das moderne zu übertragen.

Schließlich ist auch nicht einzusehen, warum in unserer Rechtsordnung ein einheitliches Prinzip der Surrogation anerkannt sein müsse; es ist nicht ersichtlich weshalb die Erscheinungen, die man gemeinhin unter dem Namen Surrogation zusammenfaßt, in allen Fällen ein und dieselben Charakteristika aufweisen müssen. Kann das BGB nicht das, was man gewöhnlich unter „Surrogation" versteht, für die einzelnen Anwendungsfälle **verschieden** geregelt haben? Diese Möglichkeit dürfte nicht so ohne jegliche Begründung von der Hand zu weisen sein. —

b) Ein zweiter Weg in der Behandlung der Frage, ob in unserer Rechtsordnung ein Prinzip der Surrogation anzuerkennen sei, bietet sich uns in folgender Weise: Man sucht aus den verschiedenen — in Betracht kommenden — Surrogationsbestimmungen die **verbindenden Elemente** herauszufinden und aus ihnen einen allgemeinen Grundsatz abzuleiten. Des näheren geht man bei dieser Methode folgendermaßen vor: Man sucht einzelne gleichartige Surrogationsvorschriften systematisch zusammenzufassen, Kriterien ausfindig zu machen, die eine solche Vereinigung etwa rechtfertigen könnten; nach Durchführung dieser Gruppierung und Auffindung der verbindenden Kriterien wird es möglich sein, die Frage, ob sich die Surrogation als Rechtsprinzip darstellt oder nicht, zu entscheiden.

Diese Untersuchungsmethode treffen wir des öfteren in der Literatur.[9]) Sie stellt sich als der gewöhnliche Weg dar, aus einer Mehrzahl einzelner Rechtsvorschriften allgemeine Prinzipien zu entwickeln. Dieser Weg ist aber hier — infolge der ungeheuren

[7]) Leonhard, Fr., Lehrb. S. 7 f.

[8]) Vgl. Leonhard, Fr., Lehrb. S. 103 ff.; andere z. B. Cosack, Lehrb. Bd II, S. 68, II, 1, 2.

[9]) Sie wird besonders streng durchgeführt von Waller a. a. O., S. 39-40.

Mannigfaltigkeit dessen, was man unter dem Namen „Surrogation" zusammenfaßt — nur schwer gangbar; es empfiehlt sich deshalb, eine andere Methode bei der Erörterung unserer Frage anzuwenden.

c) Ebensogut, wie man die verbindenden Elemente allein aus den einzelnen Surrogationsvorschriften herauszufinden sucht, um zu beweisen, daß die verschiedenen Surrogationserscheinungen sich als ein einheitliches, allgemeines Prinzip darstellen, ist es auch möglich, aus den einzelnen diesbeüglichen Vorschriften gleichzeitig (neben den verbindenden) die **trennenden Elemente** zu befreien und zu zeigen, daß ein einheitliches Surrogationsprinzip für das heutige Recht nicht anzuerkennen sei. Diesen letzten Weg wollen wir beschreiten.

Für den weiteren Gang unserer Untersuchung ergibt sich demnach folgendes: Wir erfassen die für uns in Betracht kommenden Anwendungsfälle des angeblichen Surrogationsprinzips und erörtern zunächst die Gründe, die **für** die Annahme eines allgemeinen Surrogationsgrundsatzes zu sprechen scheinen, sodann diejenigen, welche **dagegen** ins Feld geführt werden können. —

Welches sind die Anwendungsfälle des angeblichen Surrogationsprinzips? Als solche werden in der Literatur folgende Bestimmungen genannt:[10])

a) aus dem BGB: §§ 281, I; 818, I; 949; 975; 979; 1048; 1075; 1127; 1192; 1199; 1370; 1381; 1382; 1473; 1524; 1638; 1646; 2019; 2111 u. a.
b) aus der K. O.: § 46.
c) aus dem EG. BGB.: Art. 52, 109.

Mit den angeführten Paragraphen mag es sein Bewenden haben; sie genügen für die jetzt folgende Erörterung.

1). Gründe, welche für das Vorhandensein eines allgemeinen Surrogationsgrundsatzes sprechen könnten; Kritik.

§ 7.

Materialien zum BGB; die Ansicht von Thiele u. a.

a) Materialien zum BGB.

Immer und immer wieder wird behauptet, daß es in unserer heutigen Rechtsordnung ein Prinzip der Surrogation gebe, das (mehr oder weniger) allgemeine Geltung beanspruchen könne. Diese Ansicht scheint auf Grund der Materialien zum BGB entstanden zu sein. Die „Verfasser" des BGB reden des öfteren von der Surrogation als einem Rechtsprinzip. Dies Prinzip soll an allen möglichen Stellen des Gesetzes Ausdruck gefunden

10) Vollständige Aufzählung s. Waller a. a. O., S. 38.

haben,[1a]) so im § 281, I; § 1382; § 1381; § 646; § 2019; §§ 975, II i. Verb. mit 973 usw. — Wie man schon aus dieser Zusammenstellung ersieht, ist das, was unter dem Ausdruck „Surrogation" jeweils zusammengefaßt wird, außerordentlich verschiedenartig: das angebliche Prinzip hat nach den Motiven und Protokollen teils obligatorische, teils dingliche Wirkung. Es umfaßt zugleich die Surrogation von einzelnen Gegenständen wie von Vermögen. Sehr richtig bemerkt daher Waller:[1]) „Ohne schon einen juristischen Begriff entwickelt und die denselben fundamentierenden Rechtssätze scharf herausgearbeitet zu haben, hat man den Ausdruck aufgenommen als bequeme Bezeichnung einer mehr empfundenen als erkannten Gleichartigkeit in einer ganzen Reihe rechtlicher Phänomene." Daß ein derartiges Verfahren nicht zur Klärung eines Rechtsbegriffes beiträgt, dürfte auf der Hand liegen. — Grundsätzlich ist zu fragen: Genügt es, wenn man sagt: Unser BGB hat ein Surrogationsprinzip geschaffen, das an den verschiedensten Stellen im Gesetz seinen Ausdruck gefunden hat? Dies ist zu verneinen. Bei einer derartigen Regelung ist noch kein Prinzip vorhanden; ein solches äußert in der Rechtsordnung seine Kraft immer erst dann, wenn es gilt, Fälle zu entscheiden, die — wie in unserem Fall der Einzahlung auf ein fremdes Sparkassenbuch — von positiver Regelung nicht mitumfaßt sind; hier wird man mit Notwendigkeit gezwungen, das Wesen und den Inhalt des angeblichen Prinzips klarzulegen. Faßt man den Begriff „Prinzip" i. S. der Motive und Protokolle, so besagt er gar nichts.

Seit dem Inkrafttreten des BGB sind nun des öfteren Versuche gemacht worden, dieses angebliche Prinzip des näheren zu erläutern. Am lehrreichsten ist die Auffassung von Thiele. Sie soll im folgenden besprochen werden.

b) Die Auffassung von Thiele.[2])

Thiele geht davon aus,[3]) daß der Gesetzgeber, um die Integrität des Frauenguts möglichst zu wahren, zum Schutze der Frau bestimmte Kautelen habe schaffen müssen, Vorsichtsmaßregeln für Gefahren, die dem Frauengut durch die „kaum zu vermeidende Vermischung des beiderseitigen Vermögens" drohen.[4]) Thiele fährt dann wörtlich fort:[5]) „Diesen Zwecken dient

[1a]) Motive III, S. 514; Protokolle Mugdan IV, S. 760 ff. usw.

[1]) Waller a. a. O. S. 1. (Einleitung).

[2]) Thiele i. Arch. f. ziv. Prax., Bd. 91, S. 1 ff.

[3]) Thiele, S. 1 f.

[4]) ebenda.

[5]) Thiele a. a. O. S. 2.

das im ehelichen Güterrecht zum Prinzip erhobene Recht der Surrogation." Auf S. 3 ebenda heißt es; „Dem Surrogationsprinzip begegnen wir im BGB auf den verschiedensten Gebieten." „Befremdend könnte es auf den ersten Blick erscheinen, daß dieses Surrogationsprinzip, wenn auch einzelne Formen desselben mehreren Vorschriften gemeinsam sind, doch **verschiedenartig** normiert ist, dergestalt, daß sich zwei Grundformen deutlich unterscheiden lassen, indem einmal als subrogiert gilt, was auf Grund eines zu der betreffenden Vermögensmasse gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines dazu gehörenden Gegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, welches sich auf die fragliche Vermögensmasse bezieht, und in anderen Fällen der Surrogation unterliegt, was mit Mitteln der betreffenden Vermögensmasse erworben ist." Der Verfasser fährt dann gleich darauf fort:[6]) „Daß mit den beiden Formulierungen nicht dasselbe gemeint sein kann, leuchtet ohne weiteres ein." — Ich habe die Ausführungen Thieles, weil sie für unsere Frage von Wichtigkeit sind, wörtlich angeführt. Was können wir aus ihnen entnehmen? In kurz gedrängter Zusammenfassung sagt Thiele: Das „im ehelichen Güterrecht zum Prinzip erhobene Recht der Surrogation" ist „verschiedenartig normiert." „Zwei Grundformen" lassen sich „deutlich unterscheiden;" „mit beiden Formulierungen" kann aber „nicht dasselbe gemeint sein." — Diese Ausführungen sind nicht unbedenklich. Es ist m. E. unmöglich zu sagen, ein Prinzip erscheine in zwei Grundformen und außerdem, mit diesen beiden Grundformen könne unmöglich dasselbe gemeint sein. Da ist m. E. der Schluß unabweisbar: Dann liegt überhaupt kein einheitliches Prinzip vor. — In den Ausführungen von Thiele liegt ferner der Gedanke enthalten, daß das Prinzip je nach dem Gegenstand, auf den es angewendet wird, seinen Inhalt ändert. Das erscheint unhaltbar. Man kann schließlich (in Verfolgung der Thieleschen Ausführungen) auch nicht sagen: Beide Normen „regulierten" das Surrogationsprinzip von vollständig verschiedenen Gesichtspunkten, indem sie nicht einen rechtlichen, wohl aber einen wirtschaftlichen Zusammenhang erforderten.[7]) —

Welches ist schließlich (nach Thiele) der gemeinsame, allen Surrogationsvorschriften zugrunde liegendende Gedanke? Soll es „das rechtliche Setzen einer Sache anstelle einer anderen" sein? Das ist zu verneinen. Denn auch über diese Formulierung des Grundgedankens geht Thiele noch hinaus, indem er bei Besprechung des § 1381 als der Surrogation unterfallend auch

[6]) Thiele a. a. O., S. 4.
[7]) Waller a. a. O. S. 26.

„Früchte," ferner den „An- und Zuwachs" einer Sache bezeichnet.[8]) — **Ähnliche** Fehler und Unstimmigkeiten bezüglich des Surrogationsprinzips kehren in nahezu allen Schriften, die sich mit diesem Problem befassen, wieder.[9])

Von andern Anhängern des Surrogationsgrundsatzes wird gelegentlich betont, die Verwandtschaft aller Surrogationserscheinungen sei darin zu sehen, daß in den genannten Fällen ein **Ersetzungsvorgang** stattfinde, ein Vorgang, der in allgemeinster Fassung von Wächter[10]) als „das rechtliche Setzen einer Sache anstelle einer anderen" bezeichnet wird. Bei genauerem Zusehen kann dies Merkmal aber kein Argument für das Vorhandensein eines Ersetzungsgrundsatzes sein. Dies Kriterium reicht zwar in vielen Fällen durchaus zur Kenntlichmachung des Surrogationsvorganges aus, ist aber **nicht ausnahmslos** zur Charakterisierung desselben geeignet. Denn man rechnet zur sog. Surrogation z. B. auch die Vorschrift des § 818 BGB. Dort erstreckt sich die Herausgabe auch auf die gezogenen Nutzungen, ferner auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes erwirbt (Dieselbe Formulierung findet sich noch in anderen Bestimmungen, vgl. §§ 949, 1127, 1192, 1199.) Hier kann von einem eigentlichen Ersetzungsvorgang im Sinne von Wächter nicht die Rede sein.[11])

Damit sind die Gründe, die **für** das Vorhandensein eines allgemeinen Surrogationsprinzips ins Feld geführt werden, i. wes. erschöpft; sie haben uns nicht zu überzeugen vermocht.

2. Gründe, welche gegen das Vorhandensein eines allgemeinen Surrogationsprinzips sprechen.

Sehr viel zahlreicher und schwerwiegender sind die Gründe, welche **gegen** das Vorhandensein eines allgemeinen S.-Pr. angeführt werden. Als solche sollen i. folg. nacheinander erörtert werden:

A. Die Geschichte des S.-Gedankens.
B. Die Verschiedenartigkeit der einzelnen S.-Erscheinungen.
C. Die praktischen Folgen der Annahme eines allgemeinen S.-Prinzips.

---

[8]) Waller a. a. O. S. 26.

[9]) Feist a. a. O. S, 13; Raasch a. a. O. S. 11, S. 18 ff.; Staudinger zu § 1381 Anm. 1; § 1382, Anm. 1; Planck zu § 2019, Anm. 1; dagegen redet mit Recht nicht von einem Surrogationsprinzip Leonhard, Fr. zu § 2019, Anm. 1; § 2111 Anm. 1.

[10]) Wächter a. a. O. Bd. I, S. 9.

[11]) Leonhard, Fr. zu § 2111.

§ 8.

A. Die Geschichte des Surrogationsgedankens.

a) Römisch-gemeines Recht.

Es mag zunächst ein kurzer Abriß der geschichtlichen Entwicklung des Surrogationsgedankens im gemeinen Recht folgen.

In der älteren gemeinrechtlichen Theorie galt als angebliche Regel der Satz: pretium succedit in locum rei, res in locum pretii. Er geht zurück auf die l. 20 pr. § 1 und l. 22 de her. pet. 5, 3.

Nach diesen Quellenstellen ist der Erbe in gewisser Weise berechtigt, von dem Erbschaftsbesitzer den mit Hilfe von Erbschaftsgeld gemachten Erwerb sowie den für veräußerte Erbschaftssachen vereinnahmten Preis herauszuverlangen. Leider ist der oben genannte Satz in den angeführten Quellen nicht so klar zum Ausdruck gekommen, wie er späterhin formuliert wurde. Das gab zu mannigfachen Irrtümern Anlaß.

Die angeführten Quellenstellen wurden in späterer Zeit [besonders von den Postglossatoren] unter dem Gesichtspunkt der universalia behandelt. Anknüpfend an die Lehre von Jason Maynus[1] wurde gelehrt, daß zwei Arten der universitates rerum zu unterscheiden seien: die universitas facti [bestehend aus Sachen] und die universitas iuris [bestehend aus Sachen und Rechten]; zwischen diesen beiden Arten unterschied man streng und behauptete, der Satz: res succedit . . . . . : habe ausgesprochene Geltung nur für die universitates **iuris**; für letztere aber sei seine Geltung ein Grundsatz, ein Prinzip; alles, was mit Mitteln einer universitas iuris erworben werde, trete als Surrogat an die Stelle der bisherigen Gegenstände der Gesamtheit.[2]) Gegen diese Ansicht haben sich insbesondere Hasse[3] und Mühlenbruch[4] gewandt. Sie haben bewiesen, daß die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten der Begriffsganzen unhaltbar sei; mit dieser Unterscheidung fiel denn auch der Satz res succedit . . . ., wenigstens in Beziehung auf sein bisheriges Anwendungsgebiet. — In der neueren gemeinrechtlichen Theorie fand man den Surrogationsgedanken nur noch bei der hereditatis petitio und selbst dort nur in beschränktem Maße verwirklicht. Sehr bestritten war es, ob der Surrogation über die Erbschaft hinaus, z. B. bei der dos, Geltung zukam.[5] — Dieser kurze ge-

[1]) Jason Maynus a. a. O. ad l. 21. 22. D. de leg. I.

[2]) Vgl. Glück, Pandekten II, S. 492 ff.; Raasch a. a. O. S. 15; Waller a. a. O. S. 5 ff.; Windmüller a. a. O. S. 4 ff.

[3]) Hasse in Arch. f. ziv. Prax. Bd. 5, Nr. 1.

[4]) Mühlenbruch in Arch. f. ziv. Prax. Bd. 17 Nr. 12.

[5]) Enneccerus, Allgem. Tl. § 125, II Anm. 3; Holldack a. a. O. S. 562.

schichtliche Rückblick mag für das gemeine Recht genügen.[6]) Er zeigt, daß es dort eine allgemeine Theorie der Ersetzung nicht gegeben hat.

b) Das preußische Recht.

Das preußische A.L.R. weist nur geringe Spuren des Surrogationsgedankens auf; die gemeinrechtliche Theorie des Satzes res succedit . . . . war in sich so widerspruchsvoll und unklar, daß sie bei Abfassung des A. L. R. mit Recht nicht berücksichtigt werden konnte.[7]) Nur hin und wieder findet man Anklänge an den im BGB enthaltenen Surrogationsgedanken.[8])

c) Behandlung des Surrogationsgedankens bei Schaffung des BGB.

Vergegenwärtigt man sich die Entwicklung der Ersatzberechtigung im gemeinen und preußischen Recht, so wird auch die Zaghaftigkeit verständlich, mit der bei Schaffung des BGB bezüglich der Regelung der Surrogation vorgegangen wurde. Zunächst[9]) scheute man davor zurück, der Surrogation **dingliche** Wirkung beizulegen. Erst spät[10]) brach sich der Gedanke Bahn, daß Surrogation mit dinglicher Wirkung zum Schutze der von fremder Hand verwalteter Vermögensmassen unumgänglich notwendig sei.

§ 9

B. Die Verschiedenartigkeit der einzelnen Surrogationserscheinungen.

Gegen das Vorhandensein eines allgemeinen Surrogationsprinzips spricht auch die gänzliche Verschiedenartigkeit dessen, was man gemeinhin unter dem Sammelnamen „Surrogation" zusammenfaßt.

Wie wir im folgenden sehen werden, sind zu unterscheiden:

a] nach dem Inhalt: 2 Grundformen der Surrogation;

b] nach der Wirkung: die Surrogation mit dinglicher und obligatorischer Wirkung;

c] nach dem Objekt: die Surrogation bei Vermögensinbegriffen und bei einzelnen Gegenständen;

d] nach der Art: gesetzliche und rechtsgeschäftliche Surrogation.

---

[6]) im einzelnen ist der ganze Streit für den Surrogationsgedanken im BGB oft unergiebig. Genaueres s. Beyer, a. a. O. S. 10 ff.; Waller a. a. O. S. 5 ff.

[7]) Foerster-Eccius, a. a. O. Bd. I, S. 120 ff.

[8]) Feist a. a. O. S. 12.

[9]) Motive V, S. 584.

[10]) Protokolle VI, S. 324 ff.

§ 10

a). Die beiden Grundformen der Surrogation.

Wenn wir die einzelnen Surrogationsvorschriften, die speziell im BGB geregelt sind, an uns vorüberziehen lassen, so fallen uns zwei Grundformen derselben ins Auge, zwei Fassungen, die durch das ganze Gesetzbuch verstreut sind.

Die erste Form findet sich in den §§ 1370, 1473, 1638 u.a. BGB; die zweite in den §§ 1381, 1646, 2019 und 2111 BGB. Der Wortlaut der ersten Fassung ist: Was durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf das Vorbehaltsgut, Gesamtgut oder ein sonstiges Vermögen bezieht, wird wieder Vorbehaltsgut, Gesamtgut u s w.
Der Wortlaut der zweiten Fassung ist: Was „mit Mitteln" eines [in den angeführten Bestimmungen speziell genannten] Vermögens erworben wird, fällt wieder in dieses Vermögen.

Soweit das Gesetz. — Man mag diese Verschiedenheit der Fassungen auf den ersten Blick als etwas Äußerliches ansehen; daß sich aber darunter auch inhaltlich etwas ganz Verschiedenes verbirgt, wird uns erst klar, wenn wir den Zweck beider Surrogationsformen näher ins Auge fassen.

Da die verschiedenen eine Anwendung des Surrogationsgedankens enthaltenen Bestimmungen unter sich nur im losen Zusammenhang stehen, zum Teil vom BGB ganz anders als die im gemeinen Recht vorhandenen Surrogationserscheinungen geregelt sind, läßt sich aus Zusammenhang der einzelnen Vorschriften und der geschichtlichen Entwicklung des Ersetzungsgedankens wenig schließen.

Um den Zweck der verschiedenartigen Normierung kennen zu lernen, müssen wir vielmehr auf die Materialien zum BGB zurückgreifen.[1])

Im E. I war durchweg nur die erste Form der Surrogation zu finden, und zwar auch in den Bestimmungen, die heute die zweite Fassung aufweisen [vgl. z. B. den jetzigen § 2019 BGB]; die zweite Form fehlte völlig. Letztere ist in der Hauptsache erst im Anschluß an die Regelung des ehelichen Güterrechts aufgekommen; bezüglich des eingebrachten Gutes beim ordentlichen gesetzlichen Güterstand fehlte eine Surrogationsbestimmung; nach dem E. I war nämlich die ehemännliche Verwaltung so gedacht, daß der Ehemann sie „gewissermaßen gemeinschaftlich mit der Frau" führen sollte.[2]) Bei einer derartigen Regelung bedurfte es keiner besonderen Kautelen zum Schutze der Frau. Das änderte

[1]) Im folgenden schließen wir uns im wesentlichen den Erörterungen von Thiele a. a. O. S. 1 ff u. Feist a. a. O. S. 16 ff. an.

[2]) Vgl. Thiele, S. 2; Protokolle IV, S. 119.

sich aber in dem Augenblick, als dem Mann später größere Befugnisse hinsichtlich des eingebrachten Guts der Frau eingeräumt wurden; jetzt wurde auch bezüglich des eingebrachten Gutes eine Surrogationsvorschrift unumgänglich nötig. Statt aber — wie im E. I ganz allgemein — eine Bestimmung in der Fassung der jetzigen §§ 1370, 1773 usw. [Fassung I] zu nehmen, wurde eine neue aufgestellt, die der des jetzigen § 1381 BGB entspricht. — Eine Erklärung für die verschiedenartige Fassung des Surrogationsgedankens in den einzelnen, vorhin genannten Bestimmungen findet sich nicht. Höchstens vermögen einige Äußerungen, die in den Beratungen der zweiten Kommission bei der Erbengemeinschaft gefallen sind, Anhaltspunkte bezüglich der verschiedenartigen Normierung des Ersetzungsgedankens zu verschaffen. Aus diesen Anmerkungen dürfte sich folgendes ergeben: Da, wo der Eigentumserwerb des Surrogationsberechtigten außer allem Zweifel steht, wo also nur zu entscheiden ist, „innerhalb der bereits feststehenden Grenzen die Zugehörigkeit eines gemachten Erwerbes zu dieser oder jener Vermögensmasse zu bestimmen," ist die in den §§ 1370, 1473, 1638 wiederkehrende Fassung [Fassung I] gewählt: Surrogiert ist der Erwerb dann, wenn er sich gründet auf ein **Rechtsgeschäft**, das sich auf das betreffende Gut (z. B. § 1370 auf das Vorbehaltsgut) bezieht Der Zweck der Surrogationsvorschriften in der ersten Fassung ist, die ordnungsmäßige Verwaltung der betreffenden Vermögensmasse (z. B. im Falle des §1370 des Vorbehaltsguts) zu gewährleisten. Dieser Zweck wäre unmöglich, wenn das Vermögenssubjekt (vgl. § 1370: die Ehefrau) nicht Rechtsgeschäfte abschließen könnte, die sich auf die betreffende Vermögensmasse bezögen. — Geschäftsabschließender und Surrogationsberechtigter sind hier identisch (vgl. § 1370: die Ehefrau).

Anders bei den Surrogationserscheinungen der zweiten Fassung. Diesen liegt folgender gesetzgeberischer Gedanke zugrunde: Hier steht — wie bei den Vorschriften der ersten Fassung — das Eigentum des Surrogationsberechtigten nicht außer Zweifel, im Gegenteil: Durch den Ersetzungsvorgang soll für den Surrogationsberechtigten erst ein Eigentumsrecht begründet werden und der Zweck derjenigen Vorschriften, die jetzt die zweite Fassung aufzuweisen haben, ist: das von fremder Hand verwaltete Vermögen (z. B. im Falle des § 1381: das eingebrachte Gut der Frau) möglichst in seiner Substanz unverkürzt zu erhalten; Geschäftsabschließender und Surrogationsberechtigter sind hier zwei ganz verschiedene Personen. (Im Falle des § 1381 wird das Geschäft abgeschlossen vom Ehemann; Ersetzungsberechtigter ist die Ehefrau).

Wenn man von diesem Standpunkt aus die verschiedenartige Formulierung des Surrogationsgedankens betrachtet, wird klar, daß ihr eine — vielleicht vom „Gesetzgeber" nicht klar erkannte — sinnvolle Anordnung zugrunde liegt. Denn die verschiedenartige Formulierung entspricht durchaus der Natur der Sache: Im ersten Fall (erste Fassung), wo ein Vermögenssubjekt zwei verschiedene Gütermassen hat (z. B. die Ehefrau hat im Falle des § 1370 das eingebrachte und das Vorbehaltsgut), kann es bezüglich der Frage, welchem von beiden Vermögen der Erwerb zugeteilt werden soll, nicht auf die „Mittel" ankommen, mit denen er gemacht ist. Denn: Dieses Kriterium würde versagen in den Fällen, wo überhaupt keine „Mittel aufgewendet worden sind wie beim Erwerb durch Schenkung; zudem ist es ohne weiteres nicht ersichtlich, warum ein Erwerb, der mit Mitteln z. B des Vorbehaltsguts gemacht wird, wieder in das vorbehaltene Gut fallen soll, obwohl das Vermögenssubjekt (die Ehefrau) bei Abschluß des Rechtsgeschäfts deutlich zu erkennen gegeben hat, daß der Erwerb ins Eingebrachte fallen soll; es ist daher durchaus naturgemäß, wenn der Gesetzgeber in diesen Fällen die durch das Rechtsgeschäft hergestellte (subjektive) Beziehung entscheiden läßt (sog. subjektive Surrogation).

Anders im zweiten Fall (zweite Fassung.) Hier handelt es sich — wie oben betont — hauptsächlich um den Schutz eines in dritter Hand befindlichen und dort verwalteten Vermögens (z. B. ist im Falle des § 1381 das Ehegut der Frau in Besitz und Verwaltung des Ehemannes): das betreffende Vermögen soll in seinem ursprünglichen Bestande erhalten bleiben. — Hier kann das im ersten Fall durchaus naturgemäße subjektive Kriterium (die durch das Rechtsgeschäft hergestellte subjektive Beziehung des Vermögensverwalters) zum Schutze der Frau nicht für ausreichend erachtet werden; denn dann wäre der Mann jederzeit in der Lage, durch den Abschluß von Rechtsgeschäften mit Mitteln, z. B. des eingebrachten Gutes (vgl. § 1381) das Vermögen der Frau zu verkleinern, zu verschleudern. usw. Daher ist hier ein **objektives Kriterium** — Erwerb mit „Mitteln" des betreffenden Vermögens — durchaus am Platze. Würde in letzteren Fällen das objektive Kriterium der Mittel nicht für maßgeblich erachtet werden, so würde sich das Frauengut allmählich in eine Summe bloßer Ersatzansprüche der Frau gegen den Ehemann auflösen, was besonders im Konkurse des Mannes für die Ehefrau mißlich wäre (sog. objektive Surrogation. [1])

Schon aus dieser Besprechung der beiden Surrogationsformen (Fassung eins und zwei) ersehen wir, daß das Gesetz zwischen

[1]) Feist a. a. O., S. 19 ff. Leonhard Fr., Lehrbuch, S. 158.

beiden Normierungen nicht nur einen äußerlichen, sondern auch einen inneren Unterschied, nämlich bezüglich des Inhalts und Zwecks der genannten Vorschriften, macht. Ein deutlich trennendes Moment, das m. E. schon allein eine einheitliche Zusammenfassung der verschiedenen im Gesetz enthaltenen Surrogationsbestimmungen zu einem allgemeinen Prinzip unmöglich erscheinen läßt.

§ 11

b) Die Surrogation mit dinglicher und obligatorischer Wirkung.

Aber auch in der Wirkung sind die einzelnen Surrogationsvorschriften nicht einheitlich geregelt; teils finden wir der Surrogation vom Gesetz dingliche, teils bloß obligatorische Wirkung beigelegt. [1]) Der Gegensatz von dinglich und obligatorisch zieht sich durch unser gesamtes Rechtssystem hindurch; es darf daher nicht wunder nehmen, ihm auch auf dem Gebiet der Surrogation zu begegnen. Was der Gegensatz bedeutet, ist nicht schwer zu erkennen: Wie man an einem Gegenstand obligatorisch oder dinglich berechtigt sein kann, so kann man auch an den Surrogaten des Gegenstandes obligatorisch oder dinglich berechtigt sein. Wann ist nun der Ersetzung dingliche, wann bloß obligatorische Wirkung beigelegt? Auch das einzusehen, ist nicht schwer. Wer an einem Gegenstand dinglich berechtigt ist, soll diesen Schutz auch hinsichtlich der Surrogate genießen, soll auch hinsichtlich der Surrogate eine gesicherte dingliche Position einnehmen; wer an einem Gegenstand bloß obligatorisch berechtigt ist, wer nur ein Recht „auf" einen Gegenstand hat, soll diese schwächere Stellung auch hinsichtlich der Surrogate einnehmen.[2]) — Ob die Surrogation mit dinglicher oder bloß obligatorischer Wirkung ausgestattet ist, erkennt man am Wortlaut der in Frage stehenden Vorschrift. — Als ein typisches Beispiel für die Surrogation mit obligatorischer Wirkung stellt sich § 281 BGB dar, als ein solches für die Ersetzung mit dinglicher Wirkung ist § 1381 BGB anzusehen[3]).

Hieraus ersehen wir, daß auch hinsichtlich der Wirkung erhebliche Verschiedenheiten zwischen den einzelnen Surrogationsvorschriften bestehen — ein weiteres trennendes Moment. — Im übrigen wollen wir uns bei der Frage, wann im Einzelfall dingliche oder bloß obligatorische Wirkung anzunehmen ist, nicht aufhalten. Für den Zweck unserer Untersuchung genügt der Nachweis, daß es Surrogation mit obligatorischer und dinglicher Wirkung gibt.

---

[1]) Letzteres erkennt Beyer nicht an; nach ihm fehlt die dritte Voraussetzung des von ihm aufgestellten Surrogationsbegriffs; vgl. Beyer, a. a. O. S. 7,
[2]) Raasch a. a. O., S. 24 f. u. Anmerkungen dazu.
[3]) so Raasch. a. a. O, S. 27 und die Mehrzahl der Schriftsteller.

§ 12

c) Die Surrogation bei Vermögensinbegriffen und einzelnen Gegenständen.

Ein dritter Unterschied besteht, wenn wir beispielsweise die §§ 281, I und 818 I BGB einerseits und die §§ 1370, 1473, 1524, 1381, 1646 und 2019 BGB andererseits näher ins Auge fassen; hier zeigt sich uns ein Moment, das bislang noch nicht behandelt wurde: Neben der Surrogation bei Vermögensinbegriffen gibt es auch eine solche bei einzelnen Gegenständen. Zwar findet — wie im letzteren, so auch im ersteren Fall — die Surrogation in der Weise statt, daß die Surrogate anstelle einzelner Gegenstände treten; dies im ersteren Fall aber doch nur dann, wenn die ausgeschiedenen Gegenstände selbst Bestandteile eines Vermögenskomplexes waren; ein solcher Vermögenskomplex selbst ist aber wiederum als eine Einheit aufzufassen, die meist — wie z. B. die Sondergüter — bestimmten Zwecken gewidmet ist; [1]) er ist nicht nur die Summe der einzelnen dazu gehörigen Sachen und Rechte. Auch hierin ist also ein wichtiger Unterschied zwischen den einzelnen Surrogationsvorschriften zu erblicken, sodaß zwischen Surrogation bei Vermögensinbegriffen und einzelnen Gegenständen genau zu scheiden ist [2])

§ 13.

d) Gesetzliche und rechtsgeschäftliche Surrogation.

Ferner kehrt uns bei der gesetzlichen Regelung der Surrogationserscheinungen noch ein Moment wieder, das wir auch sonst im BGB ausgeprägt finden. Man denke an den Unterschied zwischen rechtsgeschäftlichen (z. B. Kauf, Miete) und gesetzlichen Schuldverhältnissen (unerlaubte Handlungen, ungerechtfertigte Bereicherung, Vorlegung von Sachen). — Dieser Unterscheidung analog treffen wir auch bei der Surrogation eine solche rechtsgeschäftlicher und gesetzlicher Art vor [1])

[1]) v. Tuhr, Allgem. Tl., Bd. I, S. 332; Holldack a. a. O. S. 557 ff, bes. S. 562.
[2]) Das geschieht denn auch in der Literatur fast ausnahmslos; vgl. besonders Windmüller a. a. O. S. 94 ff.
[3]) Beyer a. a. O. S. 7. u. Anm. 1 daselbst.

§ 14.

C. Die praktischen Folgen der Annahme eines allgemeinen Surrogationsprinzips.

Diese werden treffend durch ein Erkenntnis des Reichsgerichts [1]) beleuchtet. Es handelte sich darum, folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Der Oberfaktor G hatte der Reichsbank eine Menge von Reichsbanknoten entwendet, dafür Wertpapiere gekauft und die so erstandenen Papiere seiner Geliebten (A) geschenkt. Letztere wußte, dass die Wertpapiere mit dem gestohlenen Gelde „gekauft" waren. Als auf Antrag der Reichsbank kurz darauf auf die im Besitz der A befindlichen Papiere der dingliche Arrest gelegt wurde, verlangte die A auf dem Klagewege die Verurteilung der beklagten Reichsbank, in die Freigabe der Wertpapiere und in deren Herausgabe an sie (die Klägerin) zu willigen. — Das Reichsgericht wies die Klage ab und zwar mit der aus der Entscheidung herauszulesenden Begründung: Die A habe wegen der Unsittlichkeit der Schenkung kein Eigentum an den Wertpapieren erworben. Fernerhin, was uns interessiert, [2]): In das gestohlene Geld habe der dingliche Arrest angeordnet werden können; die Wertpapiere seien mit diesem Gelde angeschafft worden, also als Surrogate an die Stelle des Geldes getreten; darum bestehe auch der Arrest in die Wertpapiere zu Recht. M. E. ist die zweite Begründung, die das Reichsgericht gibt, unhaltbar, nicht nur aus theoretischen Gründen (vgl. §§ 7 ff der Arbeit), sondern auch, wie im folgenden gezeigt werden soll, mit Rücksicht auf die praktischen Folgen: Würde man ein allgemeines Surrogationsprinzip anerkennen, so würden nicht nur die gestohlenen Sachen mit Beschlag belegt werden können, sondern in gleicher Weise auch die Surrogate, die mit Hilfe z. B. gestohlenen Geldes angeschafft worden sind — ein wenig erfreuliches Ergebnis.

Die Anerkennung eines allgemeinen Surrogationsprinzips würde im besonderen Maße bei dem Eigentumsherausgabeanspruch zum Ausdruck kommen: Der Eigentümer könnte dann von dem Besitzer nicht nur die Sache selbst, sondern auch, falls letzterer die Sache „weiter verkauft" hat, den hierfür erzielten Erlös fordern. Das erscheint mit Rücksicht auf die in den §§ 985 ff. getroffene gesetzliche Regelung unhaltbar. Aus den genannten Bestimmungen geht klar hervor, daß der Eigentumsanspruch an der **Sache** haftet, daß nur die Sache (und etwaige Nutzungen) herauszugeben sind, **nicht** aber der (z. B. durch „Weiterverkauf" der Sache) erzielte **Erlös**; der Eigentumsanspruch unterscheidet sich in dieser Hinsicht gerade von dem Erbschaftsanspruch der §§

[1]) R. G. Bd. 48, S. 293.
[2]) R. G. Bd. 48, S. 297.

2018 ff. Dort wird bestimmt, daß der Erbschaftsbesitzer nicht nur das aus der Erbschaft unmittelbar Erlangte herausgeben müsse, sondern auch dasjenige „was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft **mit Mitteln der Erbschaft** erworben hat, m. a. W. die Surrogation. (Vgl. § 2019.)

Von diesem Standpunkt aus ist auch folgende Entscheidung des Reichsgerichts [3]) nicht zu billigen: Dort wird gesagt, daß der Eigentümer einer gestohlenen Sache, die von einem gutgläubigen Erwerber weiter veräußert und nicht mehr zu erlangen ist, gegen diesen einen Herausgabeanspruch bezüglich des Erlöses habe, ein Anspruch, der sich auf § 281 BGB stütze. Mit Recht hat das R. G. neuerdings diesen Standpunkt aufgegeben.

Gegen ein allgemeines Surrogationsprinzip spricht auch folgende Erwägung: Nähme man einen solchen Grundsatz an, so würde damit der praktische Wert des Instituts der Stellvertretung (§§ 164 ff.) erheblich eingeschränkt werden. Gerade die Vorschriften über die Stellvertretung treffen ja Bestimmungen darüber, für wen jemand erwirbt, geben an, ob der Erwerb in das Vermögen des Handelnden oder in das eines anderen fällt.[4])

Ferner muß grundsätzlich gefordert werden, daß derjenige, der die Sachen bezahlt, sie auch bekommt, nicht etwa derjenige, aus dessen „Mitteln" der Erwerb gemacht wurde. Dies Ergebnis erheischt schon allein die Rechtssicherheit. — Wenn es ein allgemeines Surrogationsprinzip gäbe, wäre der Verkehr in schlimmster Weise gefährdet. Es würden durch Rechtsgeschäft — ohne Kenntlichkeit — Sachenrechte geschaffen werden können; die naturgemäße Folge davon wäre des öfteren Unklarheit über das Eigentum und sonstige Rechtsverhältnisse an surrogierten Gegenständen.

Ergebnis:

Aus den oben mitgeteilten Gründen dürfte klar hervorgehen, daß es ein allgemeines Surrogationsprinzip nicht gibt. — **Deshalb** kommt es auch bei der Einzahlung auf ein fremdes Sparkassenbuch nicht entscheidend darauf an, aus wessen **„Mitteln"** das eingezahlte Geld stammt.[5])

II. Ist analoge Anwendung von § 1381, Abs. II. BGB. auf unseren Fall möglich?

§ 15

Inhalt der analogen Anwendung der genannten Vorschrift.

Die Frage nach der Maßgeblichkeit der „Mittel" ist damit,

[3]) RG. im Recht, 1923, Nr. 15.
[4]) v. Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd. I, S. 334 f., bes. Anm. 14.
[5]) dagegen auch v. Tuhr, Leipziger Ztschr. 1918, S. 881; K. G. in OLG.—Rechtspr. Bd. 22, S. 158; RG. Bd. 73, S. 220 ff.

daß es kein Surrogationsprinzip gibt, noch nicht endgültig in verneinendem Sinne entschieden. Die Ansicht des OLG. Breslau ließe sich auch dann noch halten, wenn nachgewiesen werden könnte, daß eine Vorschrift des BGB, die einen ähnlichen Fall wie den unsrigen regelt, analog auf diesen anzuwenden sei.— Als eine solche Bestimmung stellt sich der § 1381 dar. Dieser sagt in seinem ersten Absatz:

> ‚Erwirbt der Mann mit Mitteln des eingebrachten Guts bewegliche Sachen, so geht mit dem Erwerbe das Eigentum auf die Frau über, es sei denn, daß . . . . . "

Gemäß Abs. II. der Vorschrift findet Abs. I entsprechende Anwendung, wenn der Mann mit Mitteln des eingebrachten Gutes ein Recht erwirbt, zu dessen Übertragung der Abtretungsvertrag genügt.— Wenn also (in Anwendung des Absatzes II der vorerwähnten Bestimmung) ein mit seiner Ehefrau im ordentlichen gesetzlichen Güterstand lebender Ehemann aus dem eingebrachten Gut seiner Frau Geld entnimmt und dieses bei der Kasse anlegt, so erwirbt, falls nicht besondere Umstände vorliegen, die Ehefrau die Forderung gegen die Kasse auf Rückzahlung des Guthabens. Könnte man nun die Bestimmung des § 1381 II nicht auf unseren Sachverhalt analog anwenden? Diese Frage soll im folgenden kurz geprüft werden.— Eine gesetzliche Vorschrift kann nur dann auf einen ähnlichen Sachverhalt analog angewandt werden, wenn letzterem der gleiche Zweck wie der gesetzlichen Vorschrift zugrunde liegt. Ist das hier der Fall? — Als wir die beiden Grundformen der Surrogation erörterten, haben wir gesehen, daß die Zweckbestimmung des § 1381 war: Die Frau vor den Gefahren der ehemännlichen Verwaltung zu schützen [1]). Greift dieser Gedanke auch bei der Einzahlung auf ein fremdes Sparkassenbuch Platz? Die Frage ist regelmäßig zu verneinen; von Ausnahmefällen abgesehen, verwaltet jede Person ihre Vermögensangelegenheiten selbst und eine derartige Kollision, wie wir sie bezüglich § 1381 feststellen konnten, dürfte meist ausgeschlossen sein.— Damit ist auch eine Anwendung von § 1381, II auf unseren Fall ausgeschlossen [2]).

Daß — in unserem Fall — § 1381 II keiner analogen Anwendung fähig ist, dürfte sich auch noch aus einem anderen Gesichtspunkt ergeben. Ließe man die analoge Ausdehnung der Surrogationsbestimmungen zu, so würde damit der praktische

[1]) RGR. Komm. zu § 1381; Staudinger zu § 1381, Anm. I; Faber a. a. O S. 234 ff.

[2]) Gegen die Analogie v. Surrogationsbestimmungen, z. B. des § 2111 auch das K. G., Beschl. in Zentr. Bl. f. F. G. Bd. 11, S. 661 ff.

Wert des Instituts der Stellvertretung erheblich eingeschränkt werden. Gerade die Vorschriften über die Stellvertretung treffen ja — wie bereits betont — Bestimmungen darüber, für wen jemand erwirbt, geben an, wann der Erwerb in das Vermögen des Handelnden oder in das eines anderen fällt. [3]).

Ergebnis des ganzen Abschnitts.

Die Ansicht, daß bei der Einzahlung auf ein fremdes Sparkassenbuch die Forderung gegen die Kasse auf Rückzahlung des dargeliehenen Geldes demjenigen zugesprochen werden müsse, aus dessen Mitteln die Einzahlung gemacht sei, ist unbedingt abzulehnen.

3. Abschnitt.

§ 16.

Ansicht des Kammergerichts, daß bei der Einzahlung auf ein fremdes Sparkassenbuch Gläubiger der im Sparbuch als solcher Bezeichnete sei.

Eine dritte Ansicht vertritt das Kammergericht [1]), dem sich v. Tuhr [2]) angeschlossen hat: Gläubiger sei der im Sparbuch als solcher Bezeichnete. — v. Tuhr [3]) sagt: „Wenn A erklärt, daß er die Einzahlung auf das Buch des B machen wolle, so gibt er damit in der unzweideutigsten Weise zu erkennen, daß er die Forderung dem im Buch als Gläubiger bezeichneten B. verschaffen wolle. In diesem, auch jedem Laien verständlichen Sinn, ist das Benehmen des A vom Sparkassenbeamten zu deuten. Was der Beamte sonst von den Umständen und Absichten des A weiß oder erfährt, liegt außerhalb des Rechtsgeschäfts und kann an der Rechtslage nichts ändern". — Den Ausführungen von v. Tuhr dürfte i. wes. zuzustimmen sein; Diese Ansicht verbürgt eine richtige Behandlung der weitaus meisten hier in Betracht kommenden Fälle: Sie ist durchaus praktisch und steht mit den Bedürfnissen der Verkehrssicherheit im Einklang: Wer gegenüber der Kasse eine Forderung auf Rückzahlung des dargeliehenen Geldes für sich begründen „will", soll das Buch auf seinen Namen ausstellen lassen, nicht auf den eines anderen. Der Verkehr verlangt Offenheit. Ihr wäre wenig gedient, wollte man grundsätzlich anerkennen, daß die Forderung gegen die

[3]) v. Tuhr, Allgem. Tl. Bd. I, S. 334 f.; bes. Anm. 14.
[1]) K. G. in OLG. Rspr. Bd. 27, S. 130 ff.
[2]) v. Tuhr i. Leipz. Zeitschrift. 1918, S. 881.
[3]) a. a. O. S. 882.

Kasse dem A zusteht, während das Buch auf den Namen des B lautet.

Ergebnis: Bei der Einzahlung auf ein fremdes Sparkassenbuch entsteht die Forderung auf Rückzahlung des dargeliehenen Geldes für die Person, auf deren Namen das Buch lautet. Dies gilt vor allem für den **Normalfall**, daß nämlich der A auf ein bereits vorhandenes Buch des B einzahlt und **daß B das Sparkassenbuch in seinem Besitz hat.**

§ 17.

Betrachtung einiger besonders gelagerter Fälle.

Wir werden uns nun im folgenden zu fragen haben, ob die Ansicht des K. G. überall streng durchgeführt werden kann oder ob vielmehr in gewissen Fällen andere Auslegungsmerkmale Platz greifen. Wir werden in der Tat sehen, daß eine konsequente Befolgung der genannten Ansicht zu durchaus unangemessenen Ergebnissen führen würde.

Betrachten wir im folgenden einige sich auf unsere Frage beziehende Beispiele und versuchen wir, in den zu erörternden Fällen eine angemessenere Entscheidung herbeizuführen.

a). Wie verhält es sich bei folgendem Sachverhalt?

A macht eine Einzahlung auf ein Sparkassenbuch, welches auf den Namen des B ausgestellt wird; A bekommt das Buch von der Kasse ausgehändigt und behält es in **eigenem Besitz**[1])? Wer erwirbt die Forderung gegen die Kasse auf Rückzahlung des dargeliehenen Geldes? Soll man auch in diesem Falle dem K. G. beipflichten und die Forderung in der Person des B entstehen lassen? Ich glaube, wir würden auf diese Weise ein Ergebnis bekommen, das der Sachlage sehr wenig zu entsprechen scheint. — Dadurch, daß der A eine Einzahlung auf das Buch des B macht, das Buch aber in eigenem Besitz behält, gibt er zu erkennen, daß **er** sich einstweilen die Rückforderung noch vorbehält, daß **er** noch Herr über das Guthaben sein will; zumal er weiß, daß die Sparkasse das Geld grundsätzlich jedem aushändigt, der sich durch Besitz des Buches legitimiert[2]). — — M. E. kann man in dem hier zur Erörterung stehenden Fall die Frage, wem die Forderung gegen die Kasse zustehen soll, nicht allein davon abhängig machen, auf wessen Namen das Sparbuch lautet. Nach der Auffassung des Verkehrslebens[3]) ist der im Sparbuch Benannte nicht schon dann Gläubiger des Guthabens und damit nach § 952 BGB Eigentümer des Buches geworden, wenn er im Sparbuch als „Gläubiger"

[1]) Vgl. den gleichgelagerten Fall in Seufferts Arch. Bd. 35 S. 25 ff. (S. 1 der Entsch.).

[2]) Danz a. a. O. S. 270.

[3]) nicht im Rechtssinne.

bezeichnet wird, sondern erst dann, wenn er außerdem noch das Buch vom Einzahlenden ausgehändigt erhält. Durch die **Uebergabe des Buches** erst gibt der Einzahlende zu erkennen — soweit nicht ausdrückliche sonstige Vereinbarungen getroffen sind, — daß er mit dem eingezahlten Guthaben nichts mehr zu tun haben wolle, daß er mit anderen Worten sich des Rechtes auf Rückgabe entäußert habe[4]). Somit gelangen wir zu dem Ergebnis: Wenn der A auf das Buch des B eine Einzahlung macht und es im eigenen Besitz behält, so kann die Frage, wem die Forderung auf Rückzahlung des dargeliehenen Geldes zustehen soll, nicht allein davon abhängig gemacht werden, auf wessen Namen das Buch gestellt ist, sondern außerdem ist zu fordern: Übergabe des Sparbuchs vom Einzahlenden an den Berechtigten. — — Diese Auffassung scheint, soweit ich sehe, bisher noch nicht vertreten zu sein Am nächsten kommt ihr Danz[5]); — — sie stimmt aber, wie bereits oben dargetan, mit der Verkehrsauffassung überein und dürfte auch mit den Grundgedanken unseres Rechts in Einklang zu bringen sein. Denn sie berücksichtigt in angemessener Weise den rechtlichen Charakter des Sparkassenbuchs. Dasselbe ist seiner juristischen Natur nach ein Legitimationspapier i. S. von 808 BGB, gleichzeitig aber auch ein — wenngleich unvollkommenes — Wertpapier. Zur Geltendmachung der Forderung bei der Kasse ist das Buch unbedingt erforderlich, sodaß man sagen kann: Nur derjenige, der das Buch hat, kann das Guthaben abheben. — Ist daher das Sparbuch dem darin Benannten ausgehändigt, so kann er das Guthaben einziehen. Hat der Einzahlende dagegen das Buch noch im Besitz, so kann er jederzeit — und zwar einseitig! — das „Recht" des Dritten zerstören, indem er das Geld bei der Kasse abhebt. — Meine Auffassung (Mittelmeinung) nähert sich im Endergebnis der des Reichsgerichts. Während das R.G. aber die Frage nach der unmittelbaren Berechtigung des Dritten von dem inneren, oft gar nicht zu ermittelnden Willen des Einzahlenden abhängig macht, wird hier versucht, auf Grund **objektiver** Auslegungsmerkmale (Benennung im Sparbuch und Aushändigung des Buches an den Benannten; Kenntlichkeitsprinzip) die Frage zu lösen — Die Sparkasse ist durch die Legitimationsklausel des § 808 BGB gegen die Nachteile aus einer irrtümlichen Zahlung an einen Nichtberechtigten genügend geschützt.

b). Untersuchen wir im folgenden einen anderen im praktischen Leben häufig vorkommenden Fall:

B verschenkt und übergibt das auf seinen (des B) Namen

[4]) so auch Enneccerus, Schuldverh. § 435, 6; Oertmann, Schuldverh. zu § 808, Anm. 3.

[5]) a. a. O. S. 269 ff.

lautende Sparbuch an A; daraufhin macht er (der B) weitere Einzahlungen auf dieses Buch. v. Tuhr führt auch hier die Ansicht, daß bei der Einzahlung auf ein fremdes Sparkassenbuch die Forderung stets in der Person des im Buch Benannten entstehe, streng durch und schlägt von diesem Standpunkt aus folgenden Weg vor[6]): Mit der Einzahlung des B entsteht (bei der vorhin geschilderten Sachlage) die neue Forderung zunächst für den B, wodurch er nach § 952 BGB Miteigentum am Buche neben A erwirbt. Will er auch diese Forderung dem A schenken, so bedarf es einer Abtretung und einer Einigung über die causa donandi. Beides kann aber schon im voraus bei Schenkung des Buches verabredet sein, sodaß die neue Forderung im Augenblick der Einzahlung in der Person des A entsteht. — v. Tuhr gelangt auf diesem Wege in den meisten Fällen zu dem richtigen Ergebnisse; seine Begründung ist juristisch unanfechtbar, aber es dürfte doch die Frage aufzuwerfen sein, ob wir nicht auf einfacherem Wege zu demselben Ziel gelangen können Ich würde folgende Argumentation vorschlagen: Wenn der B das auf seinen Namen lautende Sparbuch an A verschenkt, so gibt er damit zu erkennen, daß er mit der Forderung gegen die Kasse auf Rückzahlung des Guthabens nichts mehr zu tun haben will. In seinem Verhalten liegt die augenscheinliche Erklärung, daß er nicht mehr Herr über das eingezahlte Guthaben sein will, zumal er weiß, daß zur Abhebung des Geldes die Vorlage des Sparbuches unbedingt nötig ist. — Daß letzteres der Fall ist, ergibt sich meist aus den Satzungen (Einlagebedingungen) der Sparkassen, welche die Kunden durch Unterschrift bekräftigen müssen. Dort findet sich häufig die Bestimmung: „Bei jeder Einlage oder Abhebung muß das Sparbuch vorgelegt werden". Die Kenntnis dieser Vorschrift ist bei jedem Sparkassenkunden vorauszusetzen; ist dem aber so, dann wird objektiv die Entäußerung des Buches gleichzeitig auch als Entäußerung der Forderung auszulegen sein. Danach ergibt sich für unseren speziellen Fall folgendes Ergebnis: Durch Verschenken seines Buches an A gibt B zu erkennen, daß, auch wenn er selbst weiterhin Einzahlungen auf das dem A geschenkte Buch macht, die Forderung gegen die Kasse auf Rückzahlung des Guthabens dem A zustehen soll. Eine besondere Verabredung, die v. Tuhr in jedem Falle für erforderlich hält, ist m. E. überflüssig.

c). In gewisser Weise analog dem unter b) genannten Sachverhalt ist folgender Fall:

B verschenkt das auf seinen Namen lautende Sparkassenbuch an A; daraufhin macht A eine Einzahlung auf das immer noch auf den Namen des B lautende Buch. In wessen Person entsteht

[6]) v. Tuhr, Leipz. Zeitschr. 1918, S. 887.

die Forderung gegen die Kasse? v. Tuhr[7]) versucht auch hier wiederum die Ansicht des K G konsequent zu befolgen: Danach entsteht die Forderung, auch wenn A erklärt, sie für sich selbst begründen zu wollen, zunächst für B, weil das Buch auf dessen Namen lautet. Die durch Einzahlung des A entstehende Forderung ist im vorliegenden Falle eine von vornherein grundlose und von A gar nicht beabsichtigte Bereicherung des B. Daher ist B verpflichtet, diese Forderung an A abzutreten. — Gegen diese Argumentation von v. Tuhrs ist Ähnliches zu sagen wie im Falle b): Sie ist zwar juristisch einwandfrei, aber in gewisser Weise gekünstelt. — — M. E. steht wie im vorliegenden Fall so auch hier nur dem A die Forderung gegen die Kasse auf Rückzahlung des dargeliehenen Geldes zu[8]). (Dies Ergebnis ist in gleicher Weise wie in dem unter b) besprochenen Fall zu begründen)[9]).

d). Folgender Sachverhalt:

A hat das auf den Namen des B lautende Sparbuch in seinem (des A) Besitz. Er macht auf dasselbe eine Einzahlung, was er dem B mitteilt. Ist diese Mitteilung (ohne Übergabe des Buches) geeignet, für den B die Forderung auf Rückzahlung des von A eingezahlten Geldes zu begründen? Man könnte sich versucht fühlen, dies ohne weiteres zu verneinen und zwar unter Hinweis darauf, daß der A ja das Buch in seinem Besitz behält, er also jederzeit in der Lage sei, zur Bank zu gehen und sich das eingezahlte Guthaben aushändigen zu lassen. Denn, wie schon des öfteren betont, ist dem Besitz für unsere Frage eine große Bedeutung beizumessen. Andererseits aber soll man dieses Merkmal auch nicht allzusehr überschätzen. Zwar kann derjenige, welcher das Buch im Besitz hat, über dasselbe leicht verfügen; das kann letzten Endes aber auch ein Unberechtigter, z B. der Dieb. Ich möchte es daher im vorliegenden Fall grundsätzlich für möglich halten, daß durch Mitteilung an den B für diesen die Forderung gegen die Kasse begründet wird. — Natürlich kann nicht jeglicher Mitteilung eine derartige Wirkung zukommen; im folgenden muß daher geprüft werden, wie eine solche Mitteilung beschaffen sein muß, um für den Dritten, den B, die Forderung begründen zu können.

Was ist eine Mitteilung? Darunter versteht man im allgemeinen eine Anzeige des Inhalts, daß (in der Vergangenheit) irgendein Ereignis stattgefunden habe oder (in der Gegenwart) irgendein

[7]) v. Tuhr, i. Leipz. Zeitschr. 1918, S. 887.

[8]) In dem unter c) genannten Fall scheint v. Tuhr den von uns vorgeschlagenen Weg u. U. auch gehen zu wollen; vgl. Leipz. Zeitschr. 1918, S. 887.

[9]) Unserem Ergebnis würde sich im Prinzip wohl auch das R. G. anschließen; vgl. RG. Bd. 73, S. 221 f.

bestimmter Zustand bestehe. — Welchen **Inhalt** muß die Mitteilung haben, damit sie in unserem speziellen Fall für den Dritten, den B, forderungsbegründende Wirkung haben kann?

Zwei Möglichkeiten sind denkbar: Entweder kommt man dazu, der Mitteilung eine rein **faktische** Bedeutung beizulegen; dann wäre sie nur eine Erklärung des Inhalts, daß ein Vorgang stattgefunden habe, d h. in unserem Fall der A auf das Buch des B eine Einzahlung gemacht habe. — — Oder man mißt der Mitteilung darüber hinaus auch eine **rechtliche** Bedeutung zu, eine Bedeutung des Inhalts, daß in unserem Fall der A mit der Forderung gegen die Kasse auf Rückzahlung des Geldes nichts mehr zu tun haben wolle oder positiv ausgedrückt, daß er sie dem B verschaffen wolle.

Mißt man der Anzeige eine nur faktische Bedeutung zu, so ist sie nicht geeignet, im vorliegenden Fall dem B die Forderung zu verschaffen. Sollte eine rein tatsächliche Anzeige dieser Art eine so starke rechtliche Wirkung äußern, so wäre eine gesetzliche Bestimmung (etwa nach Art von § 409 BGB) unumgänglich notwendig. — — Anders aber verhält es sich, wenn der Mitteilung rechtliche Bedeutung in dem von uns genannten Sinne beizulegen ist. Dann würde die Mitteilung für den B forderungsbegründende Wirkung äußern.

Für den Richter, der praktische Fälle zu entscheiden hat, wird demnach nichts anderes übrig bleiben, als in jedem einzelnen Fall den objektiven Sinn der Mitteilung (Anzeige) durch **Auslegung** zu ermitteln; er wird dabei insbesondere die etwa für Sparkassen geltenden Sitten und Gebräuche in Betracht ziehen müssen. — Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände wird man m. E. in den meisten Fällen dazu gelangen können, in einer Mitteilung (Anzeige) nicht nur die schwächere, faktische, sondern die stärkere, rechtliche Wirkung zu finden. Denn grundsätzlich wird jemand, der sich Geld ersparen will, dies nicht in der Weise anlegen, daß er es auf fremde Bücher einzahlt, zumal er weiß, daß „sein" Guthaben dabei sehr leicht der Gefahr unberechtigter Abhebung ausgesetzt ist; wenn jemand (A) eigenes Geld auf ein fremdes Sparkassenbuch einlegt, so hat er meist die Absicht, den Willen, die Forderung gegen die Kasse eben jenem Dritten (B) zu verschaffen; dieser bereits bestehende Wille wird durch die Mitteilung an den Dritten nur kund getan (Erklärung durch konkludente Handlungen; Erklärungstheorie).

Gehen wir davon aus, daß der Mitteilung die stärkere rechtliche Wirkung zukomme (was, wie gesagt, in jedem Einzelfall durch Auslegung festgestellt werden muß), so ist weiter zu fragen: **Wem** gegenüber muß eine so beschaffene Anzeige abge-

geben werden? Greifen wir zwei Fälle heraus, die des öfteren praktisch werden können.

1) Der Ehemann macht aus eigenem Gelde eine Einzahlung auf ein Sparkassenbuch, das auf den Namen seiner Ehefrau ausgestellt ist; dies teilt er seiner Frau mit.

2) Der Vater macht aus eigenem Gelde eine Einzahlung auf ein Sparkassenbuch, das auf den Namen seines (geschäftsunfähigen oder geschäftsbeschränkten) Kindes lautet; hiervon macht er dem Kinde Mitteilung.

Erwirbt in beiden Fällen der Dritte (Ehefrau bezw. Kind) die Forderung gegen die Kasse auf Rückzahlung des dargeliehenen Geldes? Ich glaube, die Frage nicht einheitlich entscheiden zu können. Es ist vielmehr ein Unterschied zu machen zwischen der Anzeige an die Ehefrau und derjenigen, die an das Kind gerichtet ist. Die Mitteilung an die (geschäftsfähige) Ehefrau würde ich für forderungsbegründend halten; Anders im Fall der Anzeige an das (geschäftsunfähige oder geschäftsbeschränkte) Kind. In letzterem Fall würde ich keinen Vertrag zu Rechten des Kindes für vorliegend erachten.— Die Richtigkeit der eben gemachten Unterscheidung ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, vor allem aus der Stellung, die der elterliche Gewalthaber gegenüber seinem Kinde einnimmt. Die elterliche Gewalt umfaßt nicht nur die Sorge für die Person des Kindes, sondern außerdem auch die Sorge für das Vermögen und die Vertretung desselben.. (Letzteres sowohl hinsichtlich der Person wie des Vermögens.) Ferner hat der Inhaber der elterlichen Gewalt auch die Nutznießung am Vermögen des Kindes mit Ausnahme des sog. freien Kindesvermögens. — Bei dieser überragenden Stellung des elterlichen Gewalthabers hätte es keinen Zweck, dem Kind ein festes „Recht", zuzusprechen, da der Gewalthaber kraft seiner Machtbefugnisse leicht in der Lage wäre, das Sparbuch der Kasse vorzulegen und sich den eingezahlten Betrag wieder aushändigen zu lassen [10].— Die zuletzt geschilderte Sachlage würde mit den Bedürfnissen der Verkehrssicherheit nicht mehr in Einklang zu bringen sein, denn bei ihr wären die Gläubiger des Kindes aufs schlimmste gefährdet. — Aus den eben bezeichneten Gründen würde ich daher — wie schon betont — der Mitteilung an das Kind keine forderungsbegründende Wirkung beimessen.

Damit wollen wir die Untersuchung einzelner besonders gelagerter Fälle schließen; etwa auftauchende Schwierigkeiten dürften an Hand vorstehender Erörterungen leicht überwunden werden können.

---

[10]) v. Tuhr, Leipz. Ztschr. 1918, S. 886.

2. Hauptteil.

Vertretung im Eigentumserwerb des wahren Berechtigten bei der Abhebung von Sparguthaben durch den unberechtigten Erheber.

§ 18.

Problemstellung.

Im Rahmen dieser Arbeit sei schließlich noch eine Frage geprüft, die vor allem auch für das Strafrecht von großer Bedeutung ist. Die Problemstellung ist folgende: Erwirbt stets derjenige, der sich der Sparkasse gegenüber durch den Besitz des Sparbuchs legitimiert, das Eigentum an dem ihm von der Kasse ausgezahlten Gelde? Die Frage wird in Literatur und Praxis sehr verschieden beantwortet.

Der Normalfall, wo Forderungsberechtigter und Vorzeiger des Buches identisch sind, ist leicht zu entscheiden. Hier ist zweifellos, daß derjenige, der sich durch Vorzeigen des Buches als der Berechtigte ausweist, das Geld an den ihm von der Kasse übertragenen Geldstücken (Banknoten usw.) erwirbt.— Wie aber verhält es sich dann, wenn Forderungsberechtigter und Vorzeiger des Buches nicht identisch sind? Soll letzterer auch hier stets ohne weiteres Eigentümer der Geldstücke werden? Diese Frage allgemein zu bejahen, ist m. E. unhaltbar, schon mit Rücksicht auf die strafrechtlichen Wirkungen.—

Im folgenden soll daher die oben angeregte Frage einer genaueren Erörterung unterzogen werden.

Gemäß § 929 BGB ist zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll.

Von vornherein sei betont, daß die beiden Bestandteile der Eigentumsübertragung, Einigung und Übergabe, scharf voneinander zu trennen und daher auch in den folgenden Erörterungen einer gesonderten Behandlung zu unterziehen sind.

Wir müssen also fragen:

1. Ist eine wirksame Einigung zwischen dem Schuldner (A) und dem Forderungsberechtigten (C) zustande gekommen?
2. Liegt eine wirkliche Besitzübergabe des Schuldners (A) an den Forderungsberechtigten (C) vor; wenn nicht, ist die Besitzübergabe wirksam im Sinne des BGB durch einen anderen Akt ersetzt worden?

1. Abschnitt.

§ 19.

Ist eine wirksame Einigung zwischen dem Schuldner und dem Forderungsberechtigten zustande gekommen?

Betrachten wir zunächst die erste Frage nach der **Einigung** zwischen dem Schuldner (A) und dem Forderungsberechtigten (C): (Den Geschäftsmittler [1]), der in unserem Fall das Geld bei der Kasse abhebt, wollen wir mit B bezeichnen)

Welche Natur hat die Einigung? Im gemeinen Recht war es bestritten, ob die sog. traditio ein Vertrag sei; heute dürfte diese Frage erledigt sein; der Vertragscharakter der Einigung ist nahezu allgemein anerkannt.[2]) Wir glauben uns daher berechtigt, auf die Einigung die allgemeinen Regeln über Rechtsgeschäfte (speziell über Verträge) anwenden zu können.

Wenn die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts (hier der Einigung) einen Dritten, am Geschäft selbst faktisch nicht Beteiligten (C) treffen sollen, so ist es nötig, daß der Geschäftsabschließende (B) als Vertreter des Dritten (C) gehandelt hat.

Eine Vertretung findet nur dann statt, wenn die Beziehung auf den Vertretenen nach außen hin kenntlich ist; letzteres ist nicht ganz unbestritten [3]); unsere Ansicht dürfte aber die allein zutreffende sein.

Zunächst weist § 164, I, Satz 1 BGB darauf hin:

„ „ Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht **im Namen des Vertretenen** abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen".

d. h. mit anderen Worten: Die Beziehung auf den Dritten muß offen hervorgetreten sein. Besonders wird das Offenheitserfordernis bei der Stellvertretung durch Abs. II des § 164 betont:

„ Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht".

Die ganze Fassung des Paragraphen sowie sein Sinn lassen darauf schließen, daß wirkliche Stellvertretung nur dann vorliegt, wenn die Beziehung auf den Dritten nach außen hin kenntlich ist.

Daß das Erfordernis der Offenheit unbedingt nötig ist, ergibt sich aber auch aus Erwägungen anderer Art. Die Frage — Offenheit, Nichtoffenheit — steht im Rahmen eines anderen großen Gegensatzes: Willens- und Erklärungstheorie. Schon

[1]) Vgl. über diesen Ausdruck Leonhard, Fr., Fahrniserw. S. 5.
[2]) a. A.: Wolff„ Sachenrecht, § 66, I, 1, der Einigung und Besitzübertragung erst als Vertrag ansieht.
[3]) Vgl. die bei Leonhard, Fr., Fahrniserwerb, S, 6, Anm. 1 Zitierten.

früher haben wir bereits nachgewiesen, daß für unser heutiges Recht nur die „Erklärungs-" (i. w. S. „Offenheits" —) Theorie annehmbar ist; darauf sei in diesem Zusammenhange verwiesen. — Zudem sprechen für unsere Ansicht auch die Quellenzeugnisse. Wie bekannt, ließen die Römer die Stellvertretung nicht, wie heute, allgemein zu, sondern hielten sie nur in gewissen Fällen für zulässig, so besonders beim Erwerb von Besitz und Eigentum (also im Sachenrecht). In letzteren Fällen trat nach römischem Recht die Vertretungswirkung nur dann ein, wenn der Mittler das Geschäft alieno oder alterius nomine abgeschlossen hatte [4]). Unter diesen Ausdrücken wird man nach richtiger Ansicht [5]) (übereinstimmend mit dem römischen Sprachgebrauch) das äußere Hervortreten im Vertrage auf die Person des Dritten zu verstehen haben.

Die geheime Vertretungsabsicht konnte keine Vertretungswirkungen herbeiführen, auch nicht, wie Lenel [6]) treffend nachgewiesen hat, bei den sog. actiones adiecticiae qualitatis.

Es bleibt also dabei: Für die Vertretung ist Offenheit, d. h. Kenntlichkeit der Vertretungsbeziehung, erforderlich. — Eine ganz andere Frage aber ist die, was man denn unter dieser sog. Offenheit zu verstehen habe. Ist es nötig, daß bei der Stellvertretung das äußere Hervortreten auf die Person des Dritten sich **unmittelbar aus der Erklärung selbst ergibt?** Dies ist m. E. nicht zu fordern. Es genügt, wenn der sog. **Geschäftswille,** d. h. der Wille, gerade dieses (Vertretungs—) Geschäft einzugehen, aus anderen Umständen erhellt, wenn nur der **Erklärungswille,** d. h. der Wille, überhaupt etwas oder doch etwas Rechtliches zu äußern, erklärt ist. Wie wahr dies ist, ergibt sich unmittelbar aus § 164, Abs. I, Satz 2: „Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll". Daß mit dieser Anordnung des Gesetzes dem Offenheitsprinzip kein Abbruch getan ist, lehrt Abs. II der genannten Vorschrift.

So bemerkt Fr. Leonhard [7]) mit Recht: Stets sei es notwendig, daß der Inhalt des Geschäfts irgendwie hervortrete, daß m. a. W. in dem Rechtsgeschäft Offenheit herrsche; der **Grad** der erforderlichen Offenheit aber sei bei den einzelnen Geschäften durchaus verschieden.

Es würde dann weiter zu fragen sein: **Wem gegenüber** muß die Offenheit bestehen? Die Beantwortung dieser Frage ergibt

[4]) D. 41, 1 de adq. rer. dom. 1. 13 pr. § 1.
[5]) Jhering in Dogm. Jahrb. Bd. I, S. 332 ff, 325 ff.
[6]) Lenel in Jherings Jb. Bd. 36, S. 131 ff.
[7]) Leonhard, Fr., Fahrniserwerb, S. 3.

sich unmittelbar aus der rechtlichen Natur der Übereignung als eines empfangsbedürftigen, zweiseitigen Rechtsgeschäfts: Die Beziehung des Geschäfts auf den Dritten muß dem Tradenten gegenüber erhellen.

Als Ergebnis vorstehender Ausführungen ergibt sich somit bis jetzt folgendes: Die Einigung ist ein Vertrag, auf den die Vorschriften der §§ 145 ff. BGB Anwendung finden: Danach ist zum Zustandekommen eines jeden Vertrages Angebot und Annahme notwendig. Beides muß nach außen kund gegeben sein (Erklärungswille); der Inhalt von Angebot und Nachfrage (der sog. Geschäftswille) dagegen braucht nicht gerade aus den Erklärungen selbst zu erhellen, sondern es genügt, wenn er sich aus anderen Umständen ergibt.

Wir haben aus § 164 ersehen, daß das Erfordernis der Offenheit die notwendige Grundlage für die ganze Stellvertretungslehre bildet. Damit ist aber für die praktische Anwendung dieses Prinzips noch wenig gewonnen. Sie hat zur Voraussetzung, daß in Bezug auf die Richtung der Tradition wirklich bedeutsame Parteierklärungen abgegeben wurden. Wie die Erfahrung zeigt, geschieht das aber sehr selten. Vergegenwärtigen wir uns z. B. den Vorgang der widerrechtlichen Abhebung von Sparguthaben: Der Erheber (B) geht zur Sparkasse (A), legt ihr das Buch vor und erhält darauf den gewünschten Betrag ausgehändigt. Besondere Erklärungen werden dabei meist nicht erfolgen. Was hilft uns im gegebenen Fall das Erfordernis der Offenheit allein? Wenig oder gar nichts!

Somit kommen wir dahin zu sagen, daß wir in allen den Fällen, wo die Parteien keine bedeutsamen Erklärungen abgegeben haben, mit dem Erfordernis der Offenheit nichts anzufangen vermögen.

In Verfolgung dieser Ansicht sind die mannigfachsten Versuche gemacht worden, Merkmale aufzuweisen, aus denen beim Fehlen von bedeutsamen Parteierklärungen auf die Richtung der Tradition geschlossen werden könne. Diese Auffassungen fordern teils, daß das Offenheitsprinzip ganz aufgegeben werden müsse, teils, daß das Offenheitserfordernis grundsätzlich beizuhalten sei, es aber andererseits dringend einer Ergänzung bedürfe.

In ersterer Richtung bewegt sich die Ansicht der gesamten herrschenden Meinung. Sie besagt[8]): Weiß der Uebertragende nicht, ob der Empfänger für sich oder eine andere Person erwerben will, ist ihm dies gleichgültig und überläßt er deshalb die Bestimmung darüber, für wen das Eigentum erworben werden

[8]) R.G. Str. Bd. 19, S. 433; OLG. Rspr. Bd. 5, S. 46; RG. im „Recht", 1915, Nr. 198; RG. Bd. 99, S. 208; Seuff. Arch. Bd. 60, Nr. 123.

soll, dem Empfänger, so entscheidet über die Person dessen, der Eigentümer wird, der Wille des Empfängers, auch wenn derselbe dem Uebergebenden nicht ausdrücklich kundgegeben worden ist; es entscheidet also der innere Wille.— Die Erörterung dieser — herrschenden — Ansicht scheidet für unsere Untersuchung aus, da der Sparkasse die Richtung der Tradition nicht gleichgültig ist. Bei der Abhebung von Sparguthaben hat die Kasse — wie unten des näheren dargetan wird — stets den Willen, an den Berechtigten zu zahlen, nicht an den zufälligen Vorzeiger des Buches. Auch nach herrschender Meinung würde der Wille des Empfängers in unserem Fall wohl nicht maßgeblich sein.

In ersterer Richtung bewegt sich ferner die Auffassung, daß bezüglich der Richtung der Tradition der innere Wille des Uebertragenden entscheidend sein müsse. Diese Ansicht ist besonders in der Wissenschaft des gemeinen Rechts eine zeitlang herrschend gewesen; kein Geringerer als Savigny [9]) hat sie vertreten. Aber mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Verkehrs und des Rechtslebens scheint mir diese Auffassung unannehmbar; es sei hier auf die früheren Ausführungen bezüglich der Auslegung der Rechtsgeschäfte verwiesen.—

Daraus dürfte sich ergeben, daß grundsätzlich die Beibehaltung des Offenheitsprinzips zu fordern ist, daß letzteres aber in gewisser Weise ergänzt werden muß. Jhering [10]), der Hauptverfechter des Offenheitsprinzips, vertrat die Ansicht, daß über die Richtung der Tradition das Interesse des Geschäftsmittlers entscheiden müsse; habe der Mittler selbst ein Interesse daran, die Ware zu erwerben (wie z. B. der Kommissionär wegen seiner Auslagen und eingegangenen Verpflichtungen), so erwerbe er selbst das Eigentum, anderenfalls gehe es unmittelbar auf den Dritten über.— Zunächst ist zu fragen: Muß denn der Mittler (z. B. der Kommissionär immer notwendig Auslagen gehabt haben oder Verpflichtungen eingegangen sein? Kann er nicht den Betrag für die voraussichtlich entstehenden Kosten vor Abschluß des Geschäfts erhalten haben? Letzteres wäre doch möglich.— Soll nun in jedem konkreten Fall die Interessenlage der am Geschäft Beteiligten entscheidend sein? Soll der Richter diese stets genau prüfen und davon die Entscheidung über das Eigentum abhängig machen? Dieser Weg wäre zum mindesten äußerst unpraktisch und würde zudem den Bedürfnissen des Verkehrs in keiner Weise gerecht werden: Denn gerade die Eigentumsfrage erheischt Durchsichtigkeit [11]).

---

[9]) v. Savigny, Besitz, S. 353 ff.; S. 384 ff.
[10]) Jhering, Besitzwille, S. 380 f.
[11]) Lenel, Dogm. Jahrb. Bd. 36, S. 54 f.; Leonhard, Fr. Fahrniserwerb, S. 49 f.

Viel bedeutsamer erscheinen mir die Auffassungen, welche die Richtung der Eigentumsübertragung nach der der Tradition zugrunde liegenden **causa** beurteilt wissen wollen. So vor allem in konsequenter Durchführung dieser Ansicht Lenel [12]) Letzterer folgert aus bestimmten, von ihm angeführten Quellenstellen, daß das Eigentum **immer** auf denjenigen übergehe, der Gläubiger im Kausalverhältnisse sei; die causa gebe objektiv das typischerweise vorhandene Interesse des Prinzipals am Erwerb zu erkennen.

In diesem Zusammenhang muß jedoch die Frage aufgeworfen werden, ob das Kausalverhältnis , wie Lenel behauptet, für die Richtung der Tradition **allein entscheidend** sein kann. Wenn die causa für die Richtung der Tradition maßgeblich sein soll, so müßte Lenel, falls er konsequent wäre, fordern, daß die causa auch stets gültig sein müsse, denn die objektive typische Interessenlage liegt doch nur bei gültiger causa vor. Folgerichtig durchgeführt müßte bei Ungültigkeit der causa überhaupt keine Eigentumsübertragung stattfinden, [13],) ein Schluß, den Lenel allerdings — in Uebereinstimmung mit den Quellen — nicht zieht [14].) Wir aber müssen aus den vorhergehenden Erörterungen folgern, daß die causa allein für die Richtung der Tradition nicht maßgebend sein kann.

Zudem scheint Lenels Ansicht auch in den Fällen unangemessene Resultate zu zeitigen, in denen sich aus dem geschlossenen Uebereignungsvertrag unzweideutig ergibt, daß ein anderer als der Gläubiger im Kausalverhältnis Eigentümer werden soll[15]): Nach Lenel könnte auch bei letzterem Sachverhalt **nur** der Gläubiger im Kausalverhältnis das Eigentum an der Sache erwerben. Ferner ist es nicht richtig, daß sich das Interesse des Veräußerers **allein** in der causa offenbare; der Tradent kann manchmal sogar ein großes Interesse daran haben, das Eigemtum einem anderen zuzuwenden.

Aus den vorangehenden Erörterungen glaube ich entnehmen zu müssen, daß die causa **allein** nicht richtunggebend für die Tradition sein darf, wenngleich nicht verkannt werden soll, daß Lenels Ansicht in sehr vielen Fällen zu billigenswerten Resultaten führt.

Eine der Sachlage angemessene Entscheidung scheint mir für alle Fälle die Auffassung von Fr. Leonhard [16]) zu versprechen. Sie soll im folgenden erörtert werden.

Es ist davon auszugehen, daß meistens (wie gerade unser

[12]) Lenel, Dogm. Jahrb. Bd. 36, S. 55 ff.
[13]) Leonhard, Fr., Fahrniserwerb, S. 51.
[14]) Lenel, a. a. O. Bd. 36, S. 58.
[15]) Leonhard, Fr., Fahrniserwerb, S. 51.
[16]) Leonhard Fr., Fahrniserwerb, S. 32 ff.

Fall zeigt) die Parteien keine bedeutsamen Erklärungen in bezug auf die Richtung der Tradition abgeben. Es ist daher zu fragen: Aus welchen Momenten ergibt sich i. Zw. der **Sinn des Uebereignungsvertrags?** An und für sich erhellt aus der Tradition nur die dingliche Rechtsänderung; letztere ist aber schließlich doch nur der Enderfolg, der dringend einer Motivierung bedarf; die Uebereignung einer bestimmten Sache wird nicht um ihrer selbst willen vorgenommen, sondern es wird damit in allen Fällen ein bestimmter Zweck verfolgt; m. a. W.: Der Uebereignung liegt meist eine bestimmte causa zugrunde. Da letztere aber grundsätzlich immer vorhanden ist, so dürfte es wohl angehen, sie zur **Auslegung des Traditionsvertrages** zu verwerten.

In Rom legte man bei Auslegung der Uebereignung dem Kausalverhältnis, dem zu erreichenden Zweck, eine entscheidende Bedeutung bei: Die traditio erfolgte an den, der Gläubiger im Kausalverhältnis [17]) war.

Dabei erhebt sich die Frage: „auf welche causa, welchen Zweck kommt es an, den des Veräußerers oder den des Erwerbers"? Die Entscheidung hierüber dürfte nicht schwer fallen. Entscheidend berücksichtigt werden kann nur der Zweck des **Veräußerers**; letzterer gibt die Sache aus den Händen, er erleidet einen Rechtsverlust. Eine Aufopferung von Werten steht aber in engerem Verhältnis zu dem mit der Uebertragung verfolgten Zweck als der Empfang von Werten, d. h. die causa des Tradenten muß ausschlaggebend sein; danach ist in Zweifelsfällen **die** Richtung, welche der **Veräußerer** der Tradition gibt, maßgeblich.

Aus den vorangehenden Erörterungen ergibt sich somit als wichtigstes Resultat, daß die Uebereignung i. Zw. an den Gläubiger im Kausalverhältnis erfolge. Da unsere Regel nur eine solche der **Auslegung** des Traditionsvertrages ist, braucht das Kausalverhältnis in Wirklichkeit nicht zu bestehen; die Richtung der Tradition kann sich sowohl aus einer gültigen wie aus einer bloß vermeintlichen causa ergeben [18].)

Aber ist das Kausalverhältnis in bezug auf die Richtung der Tradition ausreichend, um dem Gläubiger aus der causa das Eigentum zu verschaffen? Man wird dies schwerlich annehmen können und zum mindesten für den Mittler noch eine Berechtigung zum Erwerb überhaupt und speziell zum Fremderwerb zu fordern haben; letztere bezeichnet Fr. Leonhard, [19]) da sie meist auf Rechtsgeschäft beruht und also eine eigentliche Vollmacht ist, als Empfangs-bezw. Erwerbsvollmacht.— Lenel [20]) geht hier

[17]) vgl. Lenel, Jherings Jahrb. Bd. 36 S. 55. ff.
[18]) D. 12, 6. de cond. ind. l. 57. § 1.
[19]) Leonhard, Fr. Fahrniserwerb, S. 53, 55 ff.
[20]) a. a. O. S. 57. ff.

noch weiter; neben der Außenbeziehung (Kausalverhältnis zwischen dem Veräußerer A und dem Gläubiger C) verlangt er auch noch eine gültige Innenbeziehung aus Auftrag oder einem auftragähnlichen Verhältnis. Wohl schwerlich mit Recht [21]). Es bedarf zwar nach den Quellen sehr oft eines Auftrags, eben weil in ihm regelmäßig die Erwerbsvollmacht erklärt sein wird, die Römer zudem zwischen Auftrag u. Vollmacht nicht streng unterschieden[22]); andererseits aber gibt es auch Stellen, bei denen das Eigentum auf den Gläubiger übergeht, ohne daß eine gültige Innenbeziehung zwischen Mittler und Gläubiger besteht [23]).

Ergebnis: Wenn bei der Eigentumsübertragung ein Geschäftsmittler (B) mitgewirkt hat, so ist die Einigung auf die Person des Gläubigers aus dem Kausalverhältnis (C) dann zustande gekommen, wenn sich als Sinn des Traditionsvertrages ergibt, daß der Tradent (A) an den Gläubiger (C) leisten wollte und der Geschäftsmittler (B) eine Empfangs-bezw. Erwerbsvollmacht hatte; der innere entgegenstehende Wille des Geschäftsmittlers (B) ist unerheblich.

2. Abschnitt.

§ 20.

Liegt eine wirkliche Besitzübergabe des Schuldners an den Forderungsberechtigten vor; wenn nicht, ist die Besitzübergabe wirksam i. S. des BGB. durch einen anderen Akt ersetzt worden?

Wir glauben, im Vorigen dargetan zu haben, daß das Rechtsgeschäft der Einigung (§ 929 BGB) eine Stellvertretung zuläßt; ihre Voraussetzungen haben wir festgelegt.— Wir müssen daher im folgenden das zweite Erfordernis prüfen.

§ 929 BGB läßt das Eigentum an beweglichen Sachen nur dann übergehen, wenn dem „Erwerber" die Sache „übergeben" wird.

Es ist unstreitig, das unter der „Uebergabe" die Verschaffung des Besitzes zu verstehen sei; fraglich ist nur, welcher Besitz gemeint ist, ob der unmittelbare oder ob der mittelbare genügt. Heute dürfte wohl allgemein anerkannt sein, daß unter der Uebergabe die Verschaffung des **unmittelbaren Besitzes** zu verstehen sei; die Uebertragung des mittelbaren Besitzes genügt nicht, [1]) wie sich insbesondere aus § 930 BGB ergibt (der mittelbare Besitz ist nur Ersatz der Uebergabe!).

[21]) Laband in Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 10, S. 206 ff.
[22]) Laband, a. a. O., S. 203.
[23]) Vgl. D. 46,3 de solut. l. 34. § 3 u. l. 18; Leonhard, Fr. Fahrniserwerb, S, 53 ff.

[1]) Wolff, Sachenrecht, § 66, 1, 1 sowie die Mehrzahl der Schriftsteller.

In den Fällen nun, wo die Einigung durch einen sog. Geschäftsmittler getätigt wird, gelangt stets der Besitz (unmittelbare Herrschaft über die Sache) an den Mittler, nicht an den Dritten. — Wenn aber der Dritte Eigentum erwerben soll, so müssen — wie wiederholt betont — Einigung und Uebergabe in seiner Person vorliegen. Man könnte versuchen, mit Hilfe von § 854, II ein erträgliches Ergebnis herbeizuführen. Diese Vorschrift besagt: Die Einigung des bisherigen Besitzers (Mittlers) und des Erwerbers (Dritten) genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber (Dritte) in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Die Vorschrift behandelt die sog. traditio vacuae possessionis und hat zur Voraussetzung, daß sich nicht ein Dritter im Besitz befindet. Da aber tatsächlich in den meisten Fällen der Vertreter den Besitz erhält, kommt dem § 854, Abs. II BGB für den Eigentumserwerb durch einen Mittler nur geringe Bedeutung zu [1a]).

Die Schwierigkeiten in bezug auf das Erfordernis des unmittelbaren Besitzes wären leicht zu beheben, wenn auch für den (unmittelbaren) Besitz eine „Vertretung" anzuerkennen wäre, wonach nicht der „Vertreter", sondern nur der „Vertretene" Besitzer ist. Die Römer forderten bekanntlich zum Besitz nicht bloß die tatsächliche Herrschaft über die Sache, sondern außerdem noch den sog. animus [2]). Danach war jemand nach der gewöhnlichen Meinung selbst Besitzer (possessor), wenn er selbst besitzen ‚wollte', Fremdbesitzer („Stellvertreter" im Besitz; detentor), wenn er für einen anderen besitzen ‚wollte'[3]). Man mag zu der Auffassung der Römer Stellung nehmen wie man will; man mag auchfür das römische Recht eine „Vertretung im Besitz" anerkennen; soviel ist jedenfalls sicher, daß es heute eines besonderen animus zum Besitz nicht mehr bedarf. Aus den §§ 854, I, 868 u. a. BGB ergibt sich deutlich, daß zum Besitz die tatsächliche Herrschaft genügt. Damit scheidet der animus des römischen Rechts, der Besitzwille, aus und im Zusammenhang damit auch die auf Grund des Willens erwachsene „Stellvertretung im Besitz". (Eine Ausnahme hiervon gilt nur kraft der positiven Bestimmung des § 855 BGB beim Besitzdiener). Eine „Vertretung im Besitz" kann auch nicht durch Rechtsgeschäft herbeigeführt werden[4]; ein Bedürfnis zu dieser Regelung wäre zudem kaum anzuerkennen.

Wir stehen also vor der Tatsache, daß in den vorliegenden Fällen zwar die Einigung auf den Dritten erfolgt ist, mangels Uebertragung des unmittelbaren Besitzes auf den Dritten das

[1] a) so auch Leonhard, Fr., Fahrniserwerb, S. 58 f.; vgl. Bruns, a. a. O. S. 91 ff.
[2]) Jhering, Besitzwille, S. 41 ff.
[3]) Kämmerer a. a. O., S. 8. ff.
[4]) Fr. Leonhard, Fahrniserwerb, S. 66 ff.; S. 79 ff

Eigentum auf diesen aber nicht übergehen kann. Das ist — wie nicht zu leugnen sein dürfte — ein sehr unbefriedigendes Ergebnis. Es kann aber vermieden werden, auf dem Wege einer Konstruktion, die Fr. Leonhard [5]) vorschlägt: „A erklärt, dem C das Eigentum übertragen zu wollen, eben auf dem Wege, der es ermöglicht. Darauf gründet sich die erforderliche Einigung. Gibt er nun die Sache an einen Vertreter, so will er, daß der Dritte von diesem solle die Sache fordern können. Darin liegt die **Abtretung des dinglichen Anspruchs**". Diese Auffassung ist zwar — wie Leonhard selbst zugibt — etwas künstlich, aber sie ermöglicht einen unmittelbaren Eigentumserwerb des Vertretenen und letzteres entspricht durchaus dem praktischen Bedürfnis. Der Gläubiger erwirbt damit nicht nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Mittler auf Herausgabe der Sache, sondern gemäß § 931 BGB ist ihm vom Tradenten der dingliche Anspruch auf die Sache abgetreten worden; er hat somit das Eigentum durch Einigung und Uebergabe gemäß § 931 erworben.

3. Abschnitt.

§ 21.

Anwendung der Grundsätze über die Stellvertretung beim Fahrniserwerb auf unseren Fall der widerrechtlichen Abhebung von Sparguthaben; Kritik.

Wenden wir das, was wir durch die vorangehenden Erörterungen gefunden haben, auf unseren Fall der widerrechtlichen Abhebung fremder Sparguthaben an.

Ist der Gläubiger aus dem Kausalverhältnis (C) Eigentümer an den dem Erheber (B) ausgezahlten Geldstücken geworden?

Zunächst ist erforderlich, daß der Erheber B (Erwerbs — bzw. Empfangs-) Vollmacht, Vertretungsbefugnis hat. Eine solche liegt allerdings in den meisten hierher gehörigen Fällen nicht vor; aber es wäre zu überlegen, ob an die Stelle der Vollmacht in unserem speziellen Fall nicht etwas anderes gesetzt werden könnte. Ich glaube die Frage bejahen zu müssen und zwar auf Grund folgender Erwägung: Schon wiederholt ist betont worden, daß das Sparkassenbuch ein Legitimationspapier i. S. von § 808 BGB ist, d. h. mit anderen Worten: Grundsätzlich kann jeder, der das Sparbuch in Händen hat, das darin verbriefte Guthaben abheben. Die besondere Natur des Sparkassenbuchs verleiht dem tatsächlichen Inhaber desselben den Charakter einer (formellen) Legitimation; diese Legitimation aber tritt an die Stelle der

[5]) daselbst, S. 85 ff.

Berechtigung [1]) Der Vorzeiger des Sparkassenbuches ist **tatsächlich**, dem **äußeren Anschein** nach berechtigt, das Geld in Empfang zu nehmen; das aber nicht nur für sich, sondern auch ganz sicher für den wahren Berechtigten.— Damit ist ein (wenn auch mehr äußerliches) Stellvertretungsverhältnis hergestellt [2])

Weiter haben wir schon gelegentlich betont, daß bei der Abhebung von Sparguthaben in den meisten Fällen in bezug auf die Richtung der Tradition keine bedeutsamen Parteiererklärungen abgegeben werden. Für diesen Fall greift unsere Auslegungsregel Platz: Eigentümer wird der Gläubiger aus dem Kausalverhältnis. Ein solches ist bei der Abhebung von Sparguthaben immer vorhanden und zwar kommt hier die sog. causa solvendi (Schuldtilgung) in Betracht. Danach schließt die Sparkasse (A) die Einigung auf den Namen des Gläubigers (C) und tritt ihm gleichzeitig gemäß § 931 BGB den dinglichen Anspruch auf Herausgabe der Geldstücke gegen den Geschäftsmittler (B) ab: Der Gläubiger (C) ist damit Eigentümer des ausgezahlten Geldes geworden[3]).

Unsere Meinung dürfte nicht unangefochten bleiben. Schneider[4]) macht geltend: Der auszahlende Rendant denke sich überhaupt nichts inbezug auf die Eigentumsfrage; ihm sei es ganz gleichgültig, in wessen Eigentum die Münzen übergingen. Dagegen meine ich, daß es auf den Willen des Rendanten gar nicht ankommt, sondern nur auf den des Instituts, der Sparkasse. Die Absicht einer richtig verwalteten Kasse geht immer dahin, nur an den wahren Berechtigten zu leisten; nicht dagegen an den, der zufällig das Buch vorzeigt[5].) Daß das soeben Gesagte keine vagen theoretischen Erörterungen sind, ergibt sich insbesondere aus den behördlichen Erlassen über das Sparkassenwesen sowie aus den Statuten usw. der einzelnen Kassen. Sehr häufig heißt es dort: „Rückzahlungen werden auf Vorzeigen des Einlegebuches an den Einleger selbst oder diejenigen geleistet, welche **zur Empfangnahme des Betrages berechtigt** erscheinen. Zur Prüfung der Legitimation ist die Sparkasse berechtigt, aber nicht verpflichtet [6]".) Anderswo [7]) wird bestimmt: „Die Rückzahlungen können an den Vorzeiger des Sparbuches geleistet werden, **solange nicht** von dem Einleger, dessen Vertreter

[1]) so Laband, Ztschr. f. Handelsr. Bd. 10, S. 241.; Feisenberger, a. a. O., S. 47.
[2]) so auch Feisenberger a. a. O. S. 47.
[3]) so im Ergebnis auch Schneider a. a. O. S. 71.
[4]) a. a. O. S. 73.
[5]) so auch v. Tuhr, Leipz. Ztschr. 1918, S. 882 f.; Feisenberger a. a. O. S. 45.
[6]) Satzungen der Sparkassen von Frankfurt a. M.
[7]) Vgl. Einlagebedingungen der Marburger Bank, Ziff. 2. Vgl. auch Preuß. Sparkassenreglement v. 1838 sub 14, das durch Art. 99 EG BGB. in seiner Geltung unberührt gelassen wurde.

oder Rechtsnachfolger gegen die Auszahlung schriftlich Einspruch erhoben wird." Derartige Bestimmungen lassen deutlich erkennen, daß die Sparkasse als solche stets an den Gläubiger aus dem Kausalverhältnis leisten, d. h. dem wahren Berechtigten Eigentum übertragen will.

Daß aber unsere Ansicht die allein billigenswerte ist, ergibt sich m. E. vor allem aus strafrechtlichen Gesichtspunkten. Läßt man das Eigentum auf den wahren Berechtigten (C) übergehen, so ist es möglich, den unberechtigten Erheber von Spareinlagen wegen Unterschlagung gemäß § 246 StGB zu bestrafen, was dem ganzen Sinn der genannten Vorschrift sicher eher entsprechen wird, als daß der Täter frei ausgeht. Läßt man aber das Eigentum stets auf den Erheber übergehen, so ist es unmöglich, diesen wegen Unterschlagung zu bestrafen, da für ihn in dem Falle das ausgezahlte Geld nicht eigentumsfremd ist. Damit dürften die Notwendigkeit und Begründetheit unsere Ansicht genügend dargetan sein.

§ 22.

Kurze Formulierung der wesentlichsten Ergebnisse der gesamten Untersuchung.

A. Das Sparkassengechäft stellt sich als sog. unregelmäßiger Verwahrungsvertrag i. S. von § 700 BGB dar.

B. Die Einzahlung auf ein fremdes Sparkassenbuch.

a) Bei der Einzahlung auf ein fremdes Sparbuch ist für die Frage, wer der Kasse gegenüber rückforderungsberechtigt sein soll, der innere Wille des Einzahlenden nicht maßgeblich.

b) Ebensowenig kommt es auf die Mittel an, aus denen die Einzahlung gemacht wurde.

c) Es entscheidet für den Normalfall vielmehr der Name dessen, auf den das Sparkassenbuch gestellt ist.

d) In gewissen Fällen greift eine andere Auslegung ein, weil in der Entäußerung des Sparkassenbuchs zugleich auch die Entäußerung der darin verbrieften Forderung zu sehen ist: Wird nach der Uebertragung des Buches von jemandem eine Einzahlung auf dasselbe gemacht, so steht die Forderung gegen die Kasse grundsätzlich demjenigen zu, der das Buch erhielt.

Wenn jemand einem Dritten Mitteilung davon macht, daß er auf sein (des Dritten) Sparbuch eine Einzahlung vollzogen habe, so ist auch hierin grundsätzlich eine Zuwendung an den Dritten zu sehen.

C. Bei der Abhebung von Sparguthaben durch einen Nichtberechtigten, der sich durch Vorzeigen des Sparbuchs „legitimiert", erwirbt grundsätzlich der wahre Berechtigte das Eigentum an dem ausgezahlten Gelde.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1: Einleitung 6
§ 2: Die rechtliche Natur des sog. Sparkassengeschäfts . . . 6

1. Hauptteil: Die Einzahlung auf ein fremdes Sparkassenbuch

§ 3: Stellvertretung oder Vertrag zu Rechten Dritter? . . . 7

1. Abschnitt:

§ 4: Ansicht, daß für die Auslegung des Geschäfts bei der Einzahlung auf ein fremdes Sparbuch der innere Wille des Einzahlenden maßgeblich sei 10

2. Abschnitt:
Ansicht, daß die Forderung gegen die Sparkasse dem zugesprochen werden müsse, aus dessen Mitteln die Einzahlung gemacht sei

§ 5: I Frage, ob es ein allgemeines Prinzip d. dinglichen Surrogation gibt 21
§ 6: Gang der Untersuchung 22

1. Gründe, welche für das Vorhandensein eines allgem. Surrog.-Prinzips sprechen könnten; Kritik

§ 7: Materialien zum BGB, die Ansicht von Thiele u. a. . . . 25

2. Gründe, welche gegen das Vorhandensein eines allgem. Surrog.-Prinzips sprechen 28

§ 8: A. Die Geschichte des Surrogationsgedankens 29
§ 9: B. Die Verschiedenartigkeit d. einzelnen Surrogationserscheinungen 30
§ 10: a) Die beiden Grundformen der Surrogation 31
§ 11: b) Die Surrogation mit dinglicher und obligatorischer Wirkung . 34
§ 12: c) Die Surrogation bei Vermögensinbegriffen und einzelnen Gegenständen 35
§ 13: d) Gesetzliche und rechtsgeschäftliche Surrogation . . 35
§ 14: e) Die **praktischen** Folgen der Annahme eines Surrogat.-Prinzips 36

II. Ist analoge Anwendung von § 1381 Abs. II BGB auf unseren Fall möglich?

§ 15: Inhalt der analogen Anwendung der genannten Vorschrift . . 37

3. Abschnitt:

§ 16: Ansicht des Kammergerichts, daß bei der Einzahlung auf ein fremdes Spark.-Buch Gläubiger der im Sparbuch als solcher Bezeichnete sei 39
§ 17: Betrachtung einiger besonders gelagerter Fälle 40

II. Hauptteil: Vertretung im Eigentumserwerb des wahren Berechtigten bei der Abhebung von Sparguthaben durch den unberechtigten Erheber

§ 18: Problemstellung 46

1. Abschnitt:

§ 19: Ist eine wirksame Einigung zwischen dem Schuldner und dem Forderungsberechtigten zustande gekommen? 47

2. Abschnitt:

§ 20: Liegt eine wirkliche Besitzübergabe d. Schuldners an den Forderungsberechtigten vor; wenn nicht, ist die Besitzübergabe wirksam im Sinne des BGB durch einen anderen Akt ersetzt worden? . 53

3. Abschnitt:

§ 21: Anwendung der Grundsätze über die Stellvertretung beim Fahrniserwerb auf unseren Fall der widerrechtlichen Abhebung von Sparguthaben; Kritik 55
§ 22: Schluß. Kurze Formulierung der wesentlichsten Ergebnisse der gesamten Untersuchung 57

Lebenslauf.

Am 9. Dez. 1902 wurde ich in Klafeld-Geisweid (Krs. Siegen) als Sohn des Hauptlehrers, jetzigen Rektors i. R. Eduard Pampus und seiner Ehefrau Emma, geb. Giebeler geboren. Von meinem 7. Lebensjahre an besuchte ich die Volksschule zu Klafeld. Ostern 1914 wurde ich in die Sexta des Realgymnasiums zu Siegen aufgenommen. Ostern 1923 bestand ich an derselben Anstalt die Reifeprüfung. Ab Sommersemester widmete ich mich in Marburg dem Studium der Rechtswissenschaften, legte am 16. Februar 1927 am Oberlandesgericht zu Kassel die erste juristische Staatsprüfung ab und bestand am 1. Juli 1927 an der Universität Marburg das juristische Doktorexamen mit dem Prädikat „gut“ Seit 1. August 1927 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst.

Walther Pampus.